

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء

قسم الفقه المقارن

تصحيح العقود الفاسدة

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

ظافر بن محمد بن محسن

المرشد العلمي

د.يوسف بن عبد الله بن صالح الشبيلي

أستاذ الفقه المشارك في المعهد العالي للقضاء بالرياض

العام الجامعي

١٤٣٠-١٤٣١ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن نبينا محمداً عبده ورسوله وصفوته من خلقه، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الإنسان مدني بطبعه، ولا يستطيع أن يعيش وحده مكتفياً بنفسه، بل لابد له أن يعيش في مجتمع يستفيد منه ويفيده ويتأثر به، ويؤثر فيه، وإذا كان كذلك كان لابد أن تكون هناك معاملات وتصرفات تجري بين البشر لتجعل عملية الحياة تسير بيسر وسهولة، ولاشك أن العقود من أهم هذه التصرفات في الحياة العملية، ولقد أولى الفقهاء العقود من جهة التقسيم والترتيب والتبويب عناية خاصة وذلك لتسهيل فهمها واستيعاب أحكامها، ومن أبرز ذلك العقد من جهة الصحة وعدمها إلى قسمين، كما هو رأي الجمهور، أو ثلاثة كما هو رأي الحنفية وهو الصحيح والفاسد والباطل.

فذكروا لتلك التقسيمات الأحكام المتعلقة بها من حيث التعريف، والفرق بين الباطل والفاسد، وأسباب الفساد والبطلان، أو التصرف في المبيع إذا كان باطلاً أو فاسداً أو غيرها من الأحكام.

ونتيجة للتطور المذهل الذي حصل في العصور الحديثة ظهر الكثير من العقود، واشترط لصحة هذه العقود شروط، ووضع لصحتها ضوابط بحيث متى توافرت فيها هذه الشروط والضوابط خرجت من دائرة الفساد والبطلان إلى الصحة، ومتى اختل شرط أو انخرم ضابط بطل هذا العقد أو فسد.

فانبرى كثير من الفقهاء لإيجاد حلول مناسبة للتقليل من حالات البطلان والفساد التي تعتري هذه العقود إسهاماً منهم في تحقيق غايات الناس وأهدافهم ومن هذه الحلول التي ستخرج بإذن الله: «**تصحيح العقود الفاسدة**».

حيث حوت في مضمونها كيفية تصحيح العقود الفاسدة وهذه النظرية تكلم عنها فقهاء الشريعة، وتطبيقاتها منثورة في الكتب الفقهية، ولقد رغبت في أن أبحث هذا الموضوع «**تصحيح العقود الفاسدة**»، وعزمت - بعد التوكل على الله – أن أجعله بحثاً تكميلياً لدراستي في المعهد العالي للقضاء.

أهمية الموضوع

أما أهمية الموضوع ؛ فتبدو ظاهرة بالنظر إلى تعلقه بمعاملات الناس وتصرفاتهم، التي يتوصلون بها إلى تأمين حاجاتهم، وكما أتت الشريعة الإسلامية الكاملة ببيان أحكام العبادات فقد بينت أيضاً أحكام العقود، ولما كان وقوع الخطأ والخلل أمراً وارداً مما يؤثر على صحة العقود برزت حينئذ أهمية السعي إلى معالجة ما قد يطرأ على العقود التي يبرمونها من خلل أو أمور عارضة تمنع من ترتب آثار تلك العقود عليها، وذلك ببيان الطرق والسبل التي يمكن أن تسلك لتصحيح العقود وتعديلها بما يوافق أحكام الشريعة ؛ ليسلم العبد من

الوقوع في المعصية وحتى لا يدخل المسلم في كسبه محرّماً.

أسباب اختيار الموضوع

١- الاستفادة من البحث في هذا الموضوع وتقديمه أطروحة علمية.

٢- أن هذا الموضوع يسعى إلى تحقيق غايات الناس وأهدافهم في تصحيح العقود.

٣- أن تصحيح العقود أولى من إبطالها، وفيه توسعة للمسلمين وإمضاء لمعاملاتهم.

٤- أن هذا الموضوع لم أجد من كتب فيه بخصوصه رسالة أكاديمية حسب بحثي واطلاعي.

الدراسات السابقة

١- تصحيح التصرفات الفاسدة للدكتور أحمد غزالة وهو عبارة عن بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون عدد ٣٩ - رجب ١٤٣٠هـ. جامعة الإمارات، وتكلم فيه الباحث مما له علاقة البحث (التأصيل الشرعي لتصحيح العقود الفاسدة) فقط.

٢- طرق تصحيح العقد الفاسد للدكتور إبراهيم الطنيجي، وهو عبارة عن بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون عدد ٣١- رجب ١٤٢٨ هـ، جامعة الإمارات.

٣- المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، حيث ذكر في الباب السابع فصل سماه «نظرية الفساد» تعرض فيه إلى معنى الفساد في اللغة والاصطلاح، ومنشأ هذه النظرية، والتصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان، ثم تطرق

إلى الأسباب العامة للفساد، وموقف القانون من هذه النظرية.

٤- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله للدكتور محمد فتحي الدريني، حيث تعرض في كتابه إلى مسألة عنونها بـ «نظرية البطلان والفساد في أصول الفقه المقارن في التصرفات الشرعية» حيث ركز على هذه النظرية من الجانب الأصولي، ثم خلص إلى التفريق ما بين البطلان والفساد من جهة التعريف والتطبيق.

٥- البطلان والفساد عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي لحنان يونس القديمات، وأصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة، تعرضت فيها الباحثة إلى بيان مفهوم البطلان والفساد، وتطور مفهوم الفساد عند الحنفية، ثم قامت بالتطبيق عليهما في أبواب متعددة من أبواب الفقه كالعبادات والمعاملات والنكاح.

٦- مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرازق السنهوري حيث ذكر في الجزء الثالث ص١٠١ المطلب الأول «الشروط المقترنة بالعقد» تعرض فيه إلى بيان الشرط الصحيح، ومتى يكون صحيحاً ؟ وإلى الشرط الفاسد وبين أقسامه، ثم ذكر أسباب فساد العقد في المذهب الحنفي ثم أعقبه ببيان الشروط الفاسدة والصحيحة في المذاهب الأخرى.

٧- الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الثاني والثلاثون مادة (فساد) جاء فيها تعريف الفساد في اللغة والاصطلاح، والألفاظ ذات الصلة، وأسباب الفساد في العبادات والمعاملات، وما يتعلق بالفساد من أحكام.

مادة (فسخ) جاء فيها تعريف الفسخ لغة واصطلاحاً، والألفاظ ذات الصلة،

وأسباب الفسخ، وأنواع الفسخ.

٨- «نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي»، للدكتور أستاذي محمد نعيم، وأصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة تناولت بيان المراد بفسخ العقود وحالاته وأسبابه وأنواعه بالنظر إلى الضرورة أو الاختيار وبالنظر إلى كيفية وقوعه باتفاق المتعاقدين أو طبيعة العقد أو بحكم الشرع، كما تناول شروط الفسخ وموانعه...

٩- نظرية العقد للدكتور عبد العظيم شرف الدين، ذكر في الفصل السابع «العقد الصحيح والغير الصحيح» ثم تكلم عن منشأ التقسيم، ثم تأصيل هذه النظرية لدى علماء الأصول، ثم ذكر خصائص الفساد وذكر جزئية عن تصحيح العقد قال: «ويتحول العقد الفاسد إلى عقد صحيح إذا زال الفساد، كما لو كان سبب الفساد جهالة الأجل، فإذا زال الأجل أصلاً أو عين زال الفساد، ومثل هذا أيضاً في العقود الربوية إذا زال سبب الفساد فيها صارت صحيحة» ثم ذكر بعد ذلك أسباب الفساد.

١٠- أحكام المقبوض بعقدٍ فاسد وتطبيقاته وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن للباحث عبد المجيد منصور، غير أن هذا البحث تكلم فيه مما له علاقة ببحثي (تعريف العقد ا الفاسد – حكم إجراء العقود الفاسدة) فقط. وما عداه من المسائل فهو بخلاف ما أنا بصدد البحث عنه، فهو تكلم عن التصرف في المقبوض بعقد فاسد من ناحية ضمانه، ونمائه، والانتفاع به، والتخلص منه.

الملاحظ في هذه الدراسات وغيرها أن هناك فروقاً بينها وبين هذه الدراسة ومن هذه

الفروق ما يلي:

١ - الدراسات السابقة لم تتعرض إلى تعريف التصحيح وشروطه ومشروعيته بخلاف هذه الدراسة فإنها تتعرض لهذه المسألة بشكل موسع.

٢ - الدراسات السابقة لم تتعرض إلى مسألة طرق تصحيح العقود الفاسدة بخلاف هذه الدراسة فإنها تتعرض لهذه المسألة.

٣- الدراسات السابقة لم تتعرض إلى آراء العلماء في تصحيح العقود الفاسدة بخلاف هذه الدراسة فإنها تتعرض لهذه المسألة.

٤ - الدراسات السابقة لم تتعرض إلى تصحيح بعض العقود المعاصرة. ولذلك جاءت هذه الدراسة لتغطي هذا الجانب المهم – في نظر الباحث – من جوانب العقد الفاسد.

منهج البحث

يتبين منهجي في هذا البحث بالأمور التالية:

١ - تصوير المسألة تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢ - إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:

أ- تحرير محل النزاع إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب- ذكر الأقوال في المسألة وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض

الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح -رضي الله عنهم-، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك بها مسلك التخريج.

د- توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

ه- استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن أمكن ذلك، وذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.

و- الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤- الاعتماد على أمهات المصادر الأصلية إن وجد فيها ما يغني عن غيرها، وذلك في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

٥- التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.

٦- العناية بضرب الأمثلة خاصة الواقعية.

٧- تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٨- العناية بدراسة ما جدَّ من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

٩- ترقيم الآيات، وبيان سورها مضبوطة بالشكل.

١٠- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب، والباب، والجزء، والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإذا كانت فيهما أو في أحدهما فأكتفي حينئذٍ بتخريجها منهما أو من أحدهما.

١١- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

١٢- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٣- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالمادة، والجزء، والصفحة.

١٤- العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة، وللآثار، ولأقوال العلماء وتمييز العلامات أو الأقواس فيكون لكل منها علامته الخاصة.

١٥- إذا ورد في البحث ذكر أماكن، أو قبائل، أو فرق، أو أشعار أو غير ذلك، فأضع لها فهرساً خاصاً إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.

١٦- ترجمة الأعلام غير المشهورين بإيجاز بذكر اسم العلم، ونسبه، وتاريخ وفاته ومذهبه العقدي والفقهي، والعلم الذي اشتهر به، وأهم مؤلفاته، ومصادر ترجمته.

١٧- أختم البحث بخاتمة متضمنة لأهم النتائج والتوصيات، وتعطي فكرة واضحة عما يتضمنه البحث.

١٨- اتباع البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها وهي:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث والآثار.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المصادر والمراجع.

- فهرس الموضوعات.

مفردات البحث:

يشتمل البحث على مقدمة وتمهيدين وثلاثة فصول وخاتمة:

المقدمة، وتشتمل على ما يلي:

١- تحديد موضوع البحث وعنوانه.

٢- أهمية الموضوع.

٣- أسباب اختياره.

٤- الدراسات السابقة.

٥- منهج البحث ومفرداته.

التمهيد و يشتمل على التعريفات:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالعقد وأركانه وشروطه:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالعقد في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أركان العقد.

المطلب الثالث: شروط صحة العقد.

المبحث الثاني: أقسام العقد من حيث الصحة وعدمها:.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقد الصحيح.

المطلب الثاني: حكم العقد الصحيح.

المطلب الثالث: تعريف العقد غير الصحيح.

المطلب الرابع: التعريف بمصطلح الباطل والفاسد.

المطلب الخامس: منشأ الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء.

المبحث الثالث: تعريف التصحيح والألفاظ ذات الصلة به، والفرق بينه وبين غيره من المصطلحات.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التصحيح لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة به.

المطلب الثالث: الفرق بينه وبين غيره من المصطلحات.

الفصل الأول: التأصيل الشرعي لتصحيح العقود الفاسدة.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية تصحيح العقود وشروطه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مشروعية تصحيح العقود.

المطلب الثاني:شروط تصحيح العقود.

المبحث الثاني: حكم إجراء العقود الفاسدة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الدخول فيها ابتداءً .

المطلب الثاني: حكم الاستمرار فيها.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على العقد الباطل والفاسد .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الآثار المترتبة على العقد الباطل.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على العقد الفاسد.

المبحث الرابع: منهج الفقهاء في تصحيح العقود.

الفصل الثاني: أسباب فساد العقود.

وفيه تمهيد، وأربعة مباحث:

التمهيد: تعريف السبب والفساد في اللغة والاصطلاح.

المبحث الأول: فساد العقد بالجهالة .

المبحث الثاني: فساد العقد بالغرر.

المبحث الثالث: فساد العقد بالإكراه.

المبحث الرابع: فساد العقد بالشرط الفاسد.

الفصل الثالث: تصحيح العقود الفاسدة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: طرق تصحيح العقود الفاسدة.

وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول: تصحيح العقد الفاسد بإسقاط الشرط الفاسد.

المطلب الثاني: تصحيح العقد الفاسد بسبب الإكراه.

المطلب الثالث: تصحيح العقد الفاسد بسبب عدم القدرة على التسليم.

المطلب الرابع: تصحيح العقد الفاسد بتحويله إلى عقد آخر.

المطلب الخامس: تصحيح العقد الفاسد بتقييد الإطلاق.

المطلب السادس: تصحيح العقد الفاسد إلى عقد آخر بسبب اقترانه بشرط.

المطلب السابع: تصحيح العقد الفاسد للغرر.

المطلب الثامن: تصحيح العقد الفاسد للجهالة.

المبحث الثاني: تطبيقات على تصحيح بعض العقود المعاصرة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تصحيح عقد التأجير المنتهي بالتمليك.

المطلب الثاني: تصحيح عقد التورق المصرفي.

المطلب الثالث: تصحيح عقد المرابحة.

الخاتمة:

وتشتمل على أهم النتائج وأبرز التوصيات.

الفهارس الفنية:

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث والآثار.

٣- فهرس الأعلام.

٤- فهرس المراجع والمصادر.

٥- فهرس الموضوعات.

التمهيد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالعقد وأركانه وشروطه.

المبحث الثاني: أقسام العقد من حيث الصحة وعدمها.

المبحث الثالث: تعريف التصحيح والألفاظ ذات الصلة به، والفرق بينه وبين غيره من المصطلحات.

المبحث الأول

التعريف بالعقد وأركانه وشروطه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالعقد في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أركان العقد.

المطلب الثالث: شروط صحة العقد.

المطلب الأول

تعريف العقد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف العقد لغة:

نقيض الحل، ويطلق على معانٍ منها: الشدة، والتوثيق، والضمان، والعهد، يقال: عقد الحبل والبيع والعهد، يعقده، شده وعنقه إليه: لجأ[1].

وفي معجم مقاييس اللغة: (العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدّ وشده وتوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها ومن ذلك عقد البناء، والجمع: عقاد وعقود)[2].

وقال في المفردات: (العقد الجمع بين أطراف الشيء ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرها) [3]

الفرع الثاني: تعريف العقد اصطلاحاً:

تعددت تعاريف الفقهاء للعقد وعند تتبع كلامهم - رحمهم الله - يتضح أنهم يطلقون العقد ويراد به أحد معنيين:

المعنى الأول: المعنى العام وهو (كل ما ألزم به المرء نفسه)[4] سواء كان الإلزام بين

---

(١) لسان العرب (٣/ ٢٩٦) ، المصباح المنير (١/ ٣٤٣) ، القاموس المحيط (١/ ٣٠٠).

(٢) مقاييس اللغة لابن فارس (٤ / ٨٦).

(٣) المفردات في غريب القرآن للأصفهاني (١/ ٥٧٦).

(٤) عقد المقاولة للعايد (١ / ٢٦): وقد صرح بهذا التعريف الجصاص في تفسيره أحكام القرآن (٣/ ٢٨٥) فقال: «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ».

طرفين كالبيع، والإجارة، أم كان من طرف واحد كالإعتاق والطلاق والنذر ونحوها[1]، وعقب على هذا المعنى شيخ الإسلام زكريا الأنصاري[2] فقال فيه (تسمح) أي: تساهل [3].

المعنى الثاني: المعنى الخاص وهو: ما كان نتيجة اتفاق بين طرفين. وهذا المعنى هو الأكثر تداولاً واستعمالاً، حتى كاد ينفرد بالاصطلاح، ولذا إذا أطلقت كلمة العقد تبادر إلى الذهن المعنى الخاص، أما المعنى العام لا تدل عليه كلمة العقد إلا بتنبيه يدل على التعميم [4].

ولقد عرف الفقهاء العقد بمعناه الخاص بعدة تعريفات منها ما يلي:

التعريف الأول: (ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما)[5].

التعريف الثاني: (الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما، صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه أثره الشرعي)[6]

---

(١) ينظر عقد المقاولة للعايد (١ / ٢٦)، الشرط الجزائي لليمني (١ / ٢٧٢).

(٢) هو: زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، المصري (٨٢٣ – ٩٢٦)، فقيه شافعي ومفسر ومحدث، ولي القضاء ثم تركه وتفرغ للعلم والتصنيف، له مؤلفات منها: فتح الرحمن، غاية الوصول، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، منهج الطلاب، ينظر الأعلام (٣/ ٤٦).

(٣) التحول في الأشياء والتصرفات في الحكم الشرعي (١/ ٢٣٥).

(٤) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبي زهرة (ص ١٧٥)، صيغ العقود للغليفة (١ / ٣٠).

(٥) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبي زهرة (ص ١٧٣).

(٦) أحكام المعاملات المالية ، علي خفيف، س (١٨٥).

والتعريف الثالث هو: (ارتباط الإيجاب بالقبول)[1] وهو التعريف المختار للمعنى الخاص للعقد.

سبب الاختيار ما يأتي:

أولاً: لأن هذا التعريف يشمل العقد الصحيح، والفاسد، والباطل[2].

ثانياً: لأنه الأشهر والأكثر استعمالاً حتى يكاد ينفرد بالاصطلاح في الوقت الراهن[3].

---

(١) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١٩٦)، وصيغ العقود للغليقة (١/ ٣٣)، مجلة الأحكام العدلية، م (١٠٣).

(٢) فرق الحنفية بين العقد والانعقاد فخصوا الانعقاد بالصحيح الذي يظهر أثره دون الفاسد والباطل فتعريف العقد بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المحل هذا تعريف للانعقاد عند الحنفية وليس تعريف للعقد، وأما العقد فجعلوه لمجرد الإيجاب والقبول ولو لم يترتب عليه أثر شرعي فيشمل الصحيح وغيره. ينظر مجلة الأحكام العدلية المادة (١٠٣)، صيغ العقود للغليقة (١/ ٣٢)، الشرط الجزائي وأثره في العقود المالية المعاصرة لليمني (١/ ٢٧٣).

(٣) ينظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص ١٧)، ضوابط العقود للبعلي (ص ٤٤)، صيغ العقود للغليقة (١/ ٣٣).

المطلب الثاني

أركان العقد[1]

اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في تحديد أركان العقد على قولين:

القول الأول:

أن أركان العقد ثلاثة وهي:

الأول: الصيغة: والمراد بها الإيجاب والقبول.

الثاني: العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول.

الثالث: المحل. وهو المعقود عليه.

وبهذا قال جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة [2].

القول الثاني:

للعقد ركن واحد هو الصيغة.

أما العاقدان والمحل فهما يستلزمه وجود الصيغة وليسا من الأركان؛ وذلك لأن

---

(١) الأركان جمع ركن، والركن في اللغة: جانب الشيء الأقوى. القاموس المحيط (١/ ١٢٠١)، والركن في اصطلاح جمهور الفقهاء هو: ما توقف عليه وجود الشيء سواء كان جزء من حقيقته أم كان خارجاً عنه. وخالف في هذا الحنفية؛ إذا قصروا الركن على ما كان داخلاً في الماهية. التعريفات للجرجاني (ص ٤٩)، وبسبب هذا الخلاف حصل الخلاف بين الجمهور والحنفية في أركان العقد. صيغ العقود للغليقة (١/ ١٣٣).

(٢) ينظر: مواهب الجليل (٦/ ١٢) ، القوانين الفقهية ص (٢٧٠) ، المجموع (٩/ ١٤٠) ، روضة الطالبين (٣/ ٤-٩-١٦) كشاف القناع (٣/ ١٤٦)، المبدع في شرح المقنع (٤/ ٤)، الملكية ونظرية العقد (١/ ٢٥٤/ ٢٦١).

ما عدا الصيغة ليس جزء من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليه[1]. وهذا مذهب الحنفية.

من هذا يتبين لنا أن الفقهاء جميعاً قد اتفقوا على أن الصيغة التي هي الإيجاب والقبول ركن من أركان البيع؛ لأنها داخلة في حقيقته وماهيته.

وإنما الخلاف بينهم في العاقدين والمعقود عليه؛ فبعضهم جعلها أركاناً تسامحاً وبعضهم جعلها أركاناً باعتبار أن الركن هو ما تتوقف عليه صحة الشيء سواء كان داخل الماهية أو خارجها[2].

ولا أجد داعياً للترجيح بين القولين؛ لأن الخلاف بينهما لفظي ليس له تأثير في النتيجة[3].قلت: هذا قبل القبض أما بعد القبض فليس الخلاف لفظياً بل له ثمرة[4].

وسأتحدث عن هذه الأركان بإيجاز – إن شاء الله تعالى – فيما يلي:

أولاً: الإيجاب والقبول:

للفقهاء في تحديد الإيجاب والقبول رأيان:

الرأي الأول: للحنفية:[5].

وهو أن الإيجاب: ما صدر من أحد المتعاقدين أولاً والقبول ما صدر من العاقد الثاني.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣١٢)، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (٥/ ٢٧٨).

(٢) بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية عن البيوع الضارة، لرمضان حافظ (١ / ١٩).

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته (٤ / ٢٩٣١).

(٤) ينظر ص ٣٧.

(٥) ينظر الاختيار (٢/ ٤). البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (٥ / ٢٨٤).

الرأي الثاني: لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[1].

وهو أن الإيجاب: ما يدل على الرضا من البائع، والقبول: ما يدل على الرضا من المشتري.

ولابد من توافق الإيجاب والقبول، ولتوافقهما ثلاثة شروط:

أولاً: أن يكون في مجلس واحد.

ثانياً: ألا يصدر من العاقد الثاني ما يدل على إعراضه بأن يفصل بينهما كلام أجنبي لا صلة تربطه بموضوع العقد.

ثالثها: ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل[2].

ثانياً: العاقدان:

يشترط في العاقد من بائع ومشتري أن يكون مميزاً فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن الأهلية لا تثبت بدون العقل[3].

(ويشترط في المتعاقدين الاختيار، فإن أكرها على البيع لم يصح، إلا إذا أكره بحق بأن يتوجه وليه بيع ماله لوفاء دين عليه)[4].

---

(١) ينظر مواهب الجليل (٦/ ١٣)، بداية المجتهد (٢/ ١٣٦)، مغني المحتاج (٢/ ٣)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣٢) كشاف القناع (٣/ ١٤٦)، المبدع في شرح المقنع (٤/ ٤،٥،٦).

(٢) ينظر البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (٥/ ٢٨٨)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١١٧) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص (١٧٧).

(٣) ينظر بدائع الصنائع ٠٥/ ١٣٥)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣) مواهب الجليل (٦/ ٣١) روضة الطالبين (٣/ ٩) الكافي في فقه الأمام أحمد بن حنبل (٢/ ٣)، كشاف القناع (٣/ ١٤٥).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٩).

(ويشترط العدد في العاقد فلا يصلح الواحد عاقداً من الجانبين في باب البيع إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير يمثل قيمته، أو بما يتغابن الناس فيه عادة)[1].

ثالثاً: المعقود عليه (الثمن والمثمن).

يشترط في المعقود عليه شروط منها:

١ ـ أن يكون الثمن والمثمن – المبيع – مالاً [2] وهو ما فيه منفعة مباحة مطلقاً من الأعيان والمنافع التي يحتاجها الإنسان كالعقارات والمنقولات المباحة والمأكل والمشارب المباحة [3].

٢ ـ أن يكون موجوداً فلا يصح بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج، كأن يقول: بعتك ولد ولد هذه الناقة[4].

٣ ـ أن يكون المبيع مملوكاً لمن يقع العقد له، فإن باشر العقد لنفسه، فليكن له، وإن باشر لغيره بولاية أو وكالة فليكن لذلك الغير[5].

٤ ـ أن يكون المبيع مقدور التسليم [6] فلا يصح بيع السمك في الماء والطير في الهواء.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥).

(٢) ينظر بدائع الصنائع (٥/ ١٤٠)، مواهب الجليل (٦/ ٦٤)، روضة الطالبين (٣/ ١٨)، كشاف القناع (٣/ ١٥٢).

(٣) التحول وأثره في الفقه الإسلامي للحفظي (١ / ٢٦٥).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨).

(٥) ينظر بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨)، مواهب الجليل (٦/ ٧١)، روضة الطالبين (٣/ ١٢)، كشاف القناع (٣/ ١٥٧).

(٦)ينظر بدائع الصنائع (٥/ ١٦٨)، مواهب الجليل (٦/ ١٧١)، بدر المجتهد (٢/ ١٣٨)، روضة الطالبين (٣/ ٢٣)، كشاف القناع (٣/ ١٦٢)، الشرح الكبير لأبن قدامه (٤/ ٢٤).

٥ ـ أن يكون المعقود عليه طاهراً [1]، فلا يجوز بيع النجس كالخمر والخنزير والعـذرة ونحوها.

وفي القوانين الفقهية: (وأما الثمن والمثمن فيشترط في كل واحد منهما أربعـة شروط وهي:

أن يكون طاهراً، منتفعاً به، معلوماً، مقدوراً على تسليمه)[2].

---

(١)ينظر بدائع الصنائع (٥/ ١٤٢، ١٤٣)، الشرح الكبير للدرديري، (٣/ ١٠) مواهب الجليل (٦/ ٥٧)، القوانين الفقهية ص ٢٧١، روضة الطالبين (٣/ ٢٣)، كشاف القناع (٣/ ١٥٢).

(٢) القوانين الفقهية (ص ٢٧١).

المطلب الثالث

شروط صحة العقد(١) (٢)

إذا توافرت شروط الانعقاد (٣)، فلكي يكون هذا العقد صحيحاً يجب توافر شروط. وهذه هي شروط الصحة، فإذا توافرت شروط الصحة كلها كان العقد صحيحاً وإن

---

(١) الشْرط في اللغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، يقال: شرط عليه في البيع ونحوه شرطاً ألزمه شيئاً فيه، ينظر لسان العرب (٧/ ٣٢٩)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (١/ ٦٧٣)، المصباح المنير (١/ ٣٠٩).

والشرط في الاصطلاح: هو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. ينظر شرح مختصر الروضة للطوفي (١/ ٤٣٥).

(٢) تنقسم شروط العقد إلى شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم.

شروط الانعقاد: فهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، أو في أسسه، وإذا تخلف شرط منها، كان العقد باطلاً بالاتفاق وتسمى «بمقومات العقد» أو «بأصل العقد».

شروط الصحة: هي التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد ، فإذا تخلف شرط منها ، كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً، وتسمى «بأوصاف العقد».

شروط النفاذ: هي التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل، بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية والمالكية موقوفاً.

شروط اللزوم: التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد (جائزاً) أو (غير لازم): وهو الذي يجوز لأحد ا لعاقدين أو لغيرهما فسخه.

ينظر:(ضوابط العقود للبعلي ١/ ١٥٨) و(الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٩ / ٦٥٣٣) و(نظرية العقد الموقوف لصلاح شوشاري ١/ ١٨، ١٩).

(٣) قد سبق الحديث عنها تفصيلاً بمناسبة كل ركن من أركان العقد.

تخلفت كلها أو بعضها، كان العقد غير صحيح أو فاسداً [1].

وشروط الصحة هي:

١ـ يشترط في العقد أن يكون معلوماً لكل المتعاقدين من جميع نواحيه، ليكون التعاقد بينهما على بينة وعلم، وليتحقق الرضا بكل جانب من جوانبه، فإن أصاب العقد جهالة نفرق بين ما إذا كانت الجهالة بسيطة أو فاحشة [2].

٢ـ خلو العقد من الغرر [3]: والغرر المفسد للعقد هو ذلك الذي يتعلق بوصف في الشيء أو في مقداره.

٣ ـ الرضاء بألا يكون المتعاقد مكرهاً [4]: وهذا على قول الإمام أبي حنيفة وصاحبيه [5][6] - رحمهم الله - فالإكراه سبب لفساد العقد.

(١) ينظر أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي للدكتور/ محمد زكي عبد البر (١/ ١٠٠).

(٢) سيأتي الكلام عنها – إن شاء الله – في الفصل الثاني المبحث الأول.

(٣) سيأتي الكلام عنها ــ إن شاء الله – في الفصل الثاني المبحث الثاني.

(٤) سيأتي الكلام عنها ــ إن شاء الله – في الفصل الثاني المبحث الثالث.

(٥) أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب. القاضي الإمام. من ولد سعد بن حبتة الأنصاري صاحب رسول الله ﷺ. أخذ الفقه عن أبي حنيفة ﷺ، وهو المقدم من أصحابه جميعاً. ولى القضاء للهادي والمهدي والرشيد . وهو أول من سمّي قاضي القضاة (ت ١٨٢ هـ)، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه. من تصانيفه: «الخراج »؛ و«أدب القاضي»؛ و«الجوامع». وانظر: «الأعلام» (٨ / ١٩٣).

(٦) هو محمد بن الحسن بن فرقد. إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف. من المجتهدين المنتسبين. وهو الذي نشر مذهبه، من مصنفاته: المبسوط في فروع الفقه، والزيادات، والأمالي وغيرها (ت ١٨٦ هــ). [سير أعلام النبلاء (٩/ ١٣٤)، الأعلام (٩/ ٨٠)].

أما عند الإمام زفر بن الهذيل[1] (من كبار أصحاب أبي حنيفة) فالإكراه سبب لوقف العقد لا لفساده.

٤ ـ عدم وجود الشرط المفسد[2]: وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به النص الشرعي ولم يجر به العرف وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق.

٥ ـ أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم دون ضرر يلحق به، فإذا تضمن العقد إيقاع ضرر بالبائع عند تسليم المبيع كان العقد فاسداً لا تنتقل الملكية فيه، إلا بالقبض والتنفيذ كما لو باع ذراعاً من ثوب يتضرر بالتبعيض فإن التنفيذ يؤدي إلى تعطيل الثوب، فيكون البيع فاسداً، وهذا التعطيل في الثوب لصيانة حق شخص فإذا تنازل البائع عن حقه انقلب البيع إلى عقد صحيح[3].

---

(١) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري. أصله من أصبهان. فقيه إمام من المقدّمين من تلاميذ أبي حنيفة. و هو أقيسهم. وكان يأخذ بالأثر إن وجده. وقال: (ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقوله به). تولى قضاء البصرة، (ت ١٥٨ هـ). وهو أحد الذين دونوا الكتب. (الأعلام للزركلي ٣/ ٤٥).

(٢) سيأتي الكلام عنها – إن شاء الله – في الفصل الثاني المبحث الرابع.

(٣) نظرية العقد الموقوف (ص٢١).

المبحث الثاني

أقسام العقود من حيث الصحة وعدمها

إن تقسيم العقود إلى صحيح وغير صحيح هو تقسيم له من ناحية وصفه، فالعقد يوصف من جهة اعتبار الشارع وترتب آثاره عليه، وعدم ذلك إلى صحيح، وغير صحيح.

وتقسيم العقد بهذا الاعتبار هو ذاته تقسيم العقد باعتبار المشروعية وعدمها، ذلك أن العقد ينقسم بحسب اعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه، وعدم ذلك إلى قسمين:

القسم الأول: عقد مشروع يترتب أثره عليه، وهو الصحيح.

القسم الثاني: عقد غير مشروع، لا يترتب أثره عليه، وهو العقد غير الصحيح.

وبيان هذين القسمين تفصيلاً يتضح من خلال المبحث الثاني:

المبحث الثاني

أقسام العقود من حيث الصحة وعدمها

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقد الصحيح.

المطلب الثاني: حكم العقد الصحيح.

المطلب الثالث: تعريف العقد غير الصحيح.

المطلب الرابع: التعريف بمصطلح الباطل والفاسد.

المطلب الخامس: منشأ الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء.

المطلب الأول

تعريف العقد الصحيح

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الصحة، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الصحة في اللغة: ضد السقم، وذهاب المرض، والبراءة من كل عيب[1].

المسألة الثانية: الصحة اصطلاحاً: هي (ترتب الأثر المطلوب من الحكم عليه)[2].

الفرع الثاني: العقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريفه عند الجمهور: هو: (ما استجمع أركانه، وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً)[3]، والمراد بكون العقد معتبراً شرعاً: أي حصوله على وجه تترتب عليه الآثار التي قررها الشارع للعقد الصحيح إثر تمامه[4].

المسألة الثانية: تعريفه عند الحنفية هو: (ما كان مشروعاً بأصله ووصفه)[5].

والحنفية يوافقون الجمهور في تعريفهم السابق إلا أنهم جعلوا للعقد الصحيح تعريفاً خاصّاً وذلك ليجعلوه في مقابل تعريفهم للعقد الباطل والفاسد، نظراً لاختلاف مذهبهم

---

(١) ينظر مختار الصحاح (١/ ١٧٣) المصباح المنير (١/ ٢٧٣) القاموس المحيط (١/ ٢٨٨)..

(٢) شرح العضد على ابن الحاجب (١/ ٨٨).

(٣) البخاري، كشف الأسرار (١/ ٥٣٠).

(٤) أقسام العقود (١/ ١٦٥).

(٥) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية لنزيه حماد (١/ ٢٧٤).

عن مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في التفرقة بين الفاسد والباطل[1].

ويعلق الأستاذ الدكتور/ عبد الرازق السنهوري على نظرية العقد الفاسد عند الحنفية بقوله: (لا شك أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها)[2] ونعت هذا التفريق بـ (أنه فقه حسن)[3].

ويقول الدكتور يعقوب أبا حسين (ولهذا فإن عدم التسوية بين ما نهي عنه لذاته، أو عينه، وبين ما نهي عنه لأمر خارج عن ماهيته، أمر سديد)[4].

(١) أقسام العقود (١/ ١٦٥).

(٢) السنهوري، مصادر الحق (٤/ ١٥٠).

(٣) الفروق للقرافي (٢/ ٨٣) الفرق ٧٠.

(٤) الحكم الشرعي (ص ٥١١).

المطلب الثاني

حكم العقد الصحيح

حكم العقد الصحيح هو: ثبوت أثره المترتب عليه مما أباحه الشرع للعاقد بالعقد. كالبيع إذا صح ترتب أثره من الملك وجواز التصرف فيه من هبة، ووقف وأكل ولبس وانتفاع وغير ذلك، وكذلك كالنكاح، والإجارة، والوقف وغيرها من العقود يترتب على صحتها أثرها الذي أباحه الشرع للمتعاقدين بهذه العقود[1]. فالمدلول العام للعقد الصحيح هو إفادته لحكمه المقصود منه[2].

---

(١) أقسام العقود (١/ ١٦٧).

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير (١/ ٤٦٨).

المطلب الثالث

تعريف العقد غير الصحيح

العقد غير الصحيح هو: الذي أصابه خلل في ركنه أو وصفه أو ورد في الشرع نهي عنه، أو جاء مخالفاً لنظامه الشرعي عن قصد أو بدون قصد، فلا يصلح لترتب الآثار الشرعية عليه[1].

وهذا باتفاق أهل العلم[2]، إلا أنهم اختلفوا في العقود غير الصحيحة، أهي على درجة واحدة ولها حكم واحد؟ أم أنها على درجات متفاوتة ومراتب مختلفة؟ الجواب على هذا يتضح من خلال المطلب التالي:

(١) شرح الكوكب المنير (١/ ٤٦٨).

(٢) صيغ العقود للغليقة (١/ ٣٦).

المطلب الرابع

التعريف بمصطلح الباطل والفاسد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريفه في اللغة، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الباطل لغة: سقوط الشيء لفساده، وهو مأخوذ من: بطل الشيء يَبْطُل بُطلاً وبُطُولاً وبُطْلاناً أي: ذهب ضياعاً وخُسراً.

ومنه قولهم: بطل البيع والحكم والدليل والعمل، فهو باطل، وأبطله جعله باطلاً[1].

المسألة الثانية: الفاسد لغة: خروج الشيء عن الاعتدال قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً، ويستعمل ذلك في النفس والبدن والأشياء الخارجة عن الاستقامة.

والمفسدة: خلاف المصلحة وهي الضرر، والجمع مفاسد يقال هذا الأمر مفسدة لكذا أي فيه فساد[2].

---

(١) ينظر القاموس المحيط (١/ ٩٦٦)، مختار الصحاح (١/ ٣٦)، المفردات في غريب القرآن (١/ ١٣٠١)، المصباح المنير (١/ ٥٣).

(٢) ينظر القاموس المحيط (١/ ٣٠٦)، مختار الصحاح (١/ ٢٣٩)، المفردات في غريب القرآن (١/ ٦٣٦)، المصباح المنير (١/ ٣٨٥).

الفرع الثاني: تعريفه في الاصطلاح، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مذهب الحنفية: يرى الحنفية أن العقد غير الصحيح ينقسم بحسب موضع الخلل الذي وقع عليه إلى قسمين:

العقد الباطل: وهو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه[1].

ومعنى أنه لم يشرع بأصله ولا بوصفه: أي أنه وجد خلل في العاقدين أو محل العقد، كأن يكون العاقدان غير عاقلين أو أحدهما، أو يكون العوضان ليس بمال، أو حدهما ليس بمال [2].

العقد ا لفاسد وهو: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه[3].

ومعنى أنه شرع بأصله دون وصفه، أي: أن العاقدين ومحل العقد لم يحصل فيهما خلل، وإنما الخلل حصل في الأوصاف بأن ورد النهي عنها، أو عن شيء منها[4].

ومن هنا يتبين أن الفاسد مرتبة بين الصحيح والباطل حيث أنه يشبه الصحيح من جهة أصله؛ إذ إنه مشروع، ويشبه الباطل من جهة الأوصاف، حيث ورد النهي عنها[5].

المسألة الثانية: مذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد غير الصحيح هو العقد الباطل أو الفاسد فهما

(١) ينظر الأشباه النظائر لابن نجيم (٢/ ٤٠١)، مجلة الأحكام العدلية م (١١٠).

(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص ٣٥٤).

(٣) ينظر الأشباه النظائر لابن نجيم (٢/ ٤٠١)، مجلة الأحكام العدلية م (١٠٩).

(٤) عقد المقاولة للعايد (ص ٣٩).

(٥) البخاري كشف الأسرار (١/ ٥٣١).

لفظان مترادفان، معناهما واحد[1]، إلا أنهم استثنوا فروعاً فقهية فرقوا فيها بين الباطل والفاسد[2].

(١) ينظر شرح مختصر الروضة (١/ ٤٥٥)، شرح الكوكب المنير (١/ ٤٧٣).

(٢) أولاً المالكية: الأصل عندهم عدم التفرقة بين الفساد والبطلان، ومع ذلك فإنهم فرقوا بينهما في بعض المسائل، كالبيع والقراض والمساقاة، وهذه التفرقة لا تعدو أن تكون استثناء من القاعدة. ينظر بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٩٣).

ثانياً: الشافعية: القاعدة عندهم عدم التفرقة بين الباطل والفاسد، إلا أنهم ذكروا فروعاً فرقوا فيها بينهما وذلك في الحج والبيع والعارية والكتابة والخلع والإجارة، والوكالة وعقد الجزية والعتق. ينظر التمهيد في تخريج الفروع على الأصول (ص ٥٩) والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٧٩).

ثالثاً الحنابلة: فرق الحنابلة بين الباطل والفاسد في بعض المسائل كالحج، والوكالة والإجارة والشركة، والمضاربة. ينظر القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (ص١٥٢).

المطلب الخامس

منشأ الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء

إن منشأ الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء في ظهور مرتبة الفساد عند الحنفية خلافاً للجمهور يرجع إلى اختلافهم في النهي الوارد على الوصف الملازم للتصرف.

فهل النهي الوارد على وصف لازم من أوصاف العقد يلحق بالنهي الوارد من أصل العقد في الحكم أم لا؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن النهي يدل على فساد ذلك الوصف، دون أصله، ذلك أن النهي إذا توجه إلى وصف الشيء كان مقتضاه بطلان هذا الوصف فقط أما حقيقته فتبقى موجودة ويثبت لكل منهما مقتضاه، كالنهي عن عقود الربا فإن النهي من أجل الزيادة العارية عن العرض، والزيادة ليست العقد ولا جزءاً له بل وصفاً له، فإذا زال الوصف المنهي عنه صار العقد مشروعاً[1].

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أن النهي لوصف العقد الملازم يفيد الفساد شرعاً كالنهي عنه لعينه، ذلك أن النهي عموماً يقتضي عدم وجود العقد شرعاً، فيكون العقد باطلاً وفاسداً، سواء أورد النهي على ما يتعلق بوجود العقد وحقيقته من أركان العقد ومقوماته، أم ورد على وصف ملازم له؛ لأن

(١) ينظر البخاري كشف الأسرار (١/ ٥٤٧ ـ ٥٥١)، شرح المحلى/ شرح المحلي على جمع الجوامع (١/ ٣٩٤، ٣٩٨)، المحصول (١/ ١١٢ ـ ١١٥).

الشروط اللازمة لصحة العقد عند جمهور الفقهاء كلها سواء في الحكم، ويترتب على ذلك أن العقد الذي كذلك لا يترتب عليه آثاره لأنه عقد غير مشروع[1].

ومن الأمثلة التي يتضح فيها ثمرة الخلاف:

١- البيع الفاسد لا ينعقد عند الجمهور، ولا يترتب عليه أثره، وعند الحنفية يفيد الملك إذا اتصل به القبض، وذلك مثلما لو باع درهماً بدرهمين أو باع بخمر، أو شرط أجلاً مجهولاً، فكل ذلك فاسد عندهم ليس بباطل، يترتب الملك عليه إذا اتصل به القبض، وهو عند الجمهور فاسد باطل لا تترتب عليه آثاره.

٢-الإجارة الفاسدة لا تفيد ملك المنافع، عند الجمهور، وعند الحنفية تنعقد وتملك المنافع بحكم العقد[2].

---

(١) ينظر شرح المحلى/ شرح المحلي على جمع الجوامع (١/ ٣٩٤، ٣٩٦)، الأصفهاني/ بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب (٢ / ٩٨)، الفروق للقرافي (٢/ ٨٣) الفرق ٧٠، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (ص ١٦٠).

(٢)ينظر المبسوط (١٣/ ٢٢، ٢٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٥٦/ ١٥٧).

المبحث الثالث

تعريف التصحيح والألفاظ ذات الصلة به والفرق بينه وبين غيره من المصطلحات

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التصحيح لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة به.

المطلب الثالث: الفرق بينه وبين غيره من المصطلحات.

المطلب الأول

تعريف التصحيح

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التصحيح لغة:

مصدر صحح، والصحة هي خلاف السقم، وهي ذهاب المرض، وتطلق أيضاً على البراءة من كل عيب وريب.

والتصحيح هو إزالة السقم من المريض[1].

يقال صحح الشيء أي جعله صحيحاً، وصححت الكتاب والحساب تصحيحاً إذا كان سقيماً فأصلحت خطأه[2].

الفرع الثاني: التصحيح اصطلاحاً:

لكلمة التصحيح اصطلاحاً معانٍ مختلفة وذلك حسب اختلاف العلوم والموضوعات عند العلماء فالتصحيح عند الفقهاء يختلف معناه عند المحدثين وهكذا، وسأذكر معاني التصحيح اصطلاحاً على حسب اختلاف العلوم والموضوعات:

أولاً: عند الفقهاء هو: (رفع أو حذف ما يفسد العبادة أو العقد)[3]

(١) التعريفات للجرجاني (٨٢).

(٢) لسان العرب (٢/ ٥٠٧).

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/ ٥٥).

ثانياً: عند المحدثين هو: (الحكم على الحديث بالصحة إذا استوفى شرائط الصحة التي وضعها المحدثون)[1].

ثالثاً: عند الفرضيين هو: (بيان أقل عدد يتأتى فيه نصيب كل وارث بلا كسر)[2].

المقصود بالتصحيح هنا هو جعل غير الصحيح صحيحاً بإزالة سبب فساده[3] والتصحيح بهذا الاعتبار له معنيان:

معنى عام: وهو يعني جعل غير المشروع مشروعاً بسبب مشروع.

معنى خاص: وهو رفع ممكن لمفسد تصرف حقيقة أو حكماً[4].

شرح التعريف:

الرفع: هو الإزالة، فالتصحيح يكون بإزالة ذلك الشيء وإعدامه.

ممكن: أي أن يكون المفسد قابلاً للإزالة والحذف.

مفسد: هو كل ما يورث خللاً[5] في وصف التصرف السالم أصلُه عن الخلل.

التصرف: وهو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه نتائج شرعية[6].

---

(١) ينظر تدريب الراوي (ص ٢٤).

(٢) التعريفات للجرجاني (ص ٨٢).

(٣) تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي (ص ٣١٨).

(٤) وهو المقصود في هذا البحث.

(٥) الخلل في العقد الفاسد يكون بوصف خارج عن محل العقد (الصيغة، العاقدين، المحل) الذي يبطل العقد بورود الخلل فيه.

(٦) المدخل الفقهي للمصطفى الزرقاء (١/ ٣٧٩).

حقيقة: وذلك برفع المفسد فعلاً، كما لو كان سبب الفساد شرطاً فاسداً، فأسقط صاحب الشرط شرطه، أو كان سببه جهالة الثمن فتعين في مجلس العقد.

أو حكماً: أي يحكم برفعه من حيث المعنى، أي يعتبر كأنه غير موجود بوجه من الوجوه[1].

(١) تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي (ص ٣١٩)

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة به

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: التعديل:

١ــ التعديل في اللغة: مصدر عدل، يقال: عدلت الشيء تعديلاً فاعتدل: إذا سويته فاستوى، ومنه قسمة التعديل. وعدلت الشاهد: نسبته إلى العدالة، وتعديل الشيء تقويمه [1].

الفرع الثاني: التصويب:

التصويب في اللغة: مصدر صوب من الصواب، الذي هو ضد الخطأ والتصويب بهذا المعنى يرادف التصحيح، وصوبت قوله: قلت: إنه صواب[2].

الفرع الثالث: التهذيب:

التهذيب في اللغة: التنقية، يقال هذب الشيء إذا نقاه وأخلصه، وقيل: أصلحه[3].

---

(١) المصباح المنير (١/ ٣٢٣).

(٢) المصباح المنير (١/ ٢٨٨).

(٣) مختار الصحاح (ص ٣٢٥).

الفرع الرابع: الإصلاح:

الإصلاح في اللغة: ضد الإفساد، وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه، وأصلح الدابة: أحسن إليها [1]

الفرع الخامس: التحرير

التحرير في اللغة: التخليص والتنقيح وهو مشتق من «الحر» بالضم وهو الخالص من الشوائب[2].

(١) لسان العرب (٢/ ٥١٦).

(٢) المعجم الوسيط (٢/ ٦٧٨).

المطلب الثالث

الفرق بينه وبين غيره من المصطلحات

وفيه أربعة فروع:

يشتبه تصحيح العقد بكثير من المصطلحات التي لها دور ما في تصحيح العقد بوجه من الوجوه، ولكن ذلك لا يلغي الفرق بينها وبين التصحيح من حيث المفهوم والشروط والآثار وفيما يلي استخلاص لهذه الفروق:

الفرع الأول: الفرق بين تصحيح العقد وانتقاص العقد:

تعريف انتقاص العقد[1]: هو أن يشمل التصرف على ما يجوز وما لا يجوز، فيكون في شق منه صحيحاً، وفي الشق الآخر باطلاً[2].

الفرق بين التصحيح بمعناه الخاص وبين الانتقاص:

١ - إن التصحيح يكون للعقد كله، أما الانتقاص فهو تصحيح لجزء مشروع منه ولا يمكن أن يكون للعقد كله.

٢ـ إذا تعذر الانتقاص فإن العقد يكون كله باطلاً، وتترتب عليه آثار البطلان، أما في حالة التصحيح فإن العقد إذا تعذر تصحيحه يصبح فاسداً، وتطبق عليه أحكام الفساد وآثاره.

٣ـ الانتقاص لا يكون إلا بالحذف أي بحذف الشق الباطل من التصرف أما

(١) وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بتفريق الصفقة.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية (٨/ ١١٢).

التصحيح فقد يكون بالحذف وغيره من طرق التصحيح.

٤ـ الانتقاص يدخل في العقود كلها الباطلة والفاسدة والموقوفة، أما التصحيح فلا يكون إلا للعقد الفاسد.

٥ ـ الانتقاص يقوم على مبدأ تفريق الصفقة، وهذا إنما يكون في العقد الواحد تضم عدة صفقات، أما في التصحيح فلا يشترط تعدد الصفقات في العقد الواحد فقد يكون في الصفقة الواحدة[1].

الفرع الثاني: الفرق بين التصحيح والتحول:

يقصد الفقهاء بالتحول ما يقصد به في اللغة وهو: (مصدر حول الشيء والتحول أثر للتحويل ومطاوع له وتدور معانيه على النقل والتغيير والتبديل)[2].

الفرق بين التصحيح والتحول:

التصحيح يكون أعم من التحول؛ لأن التصحيح كما يكون بالتحول يكون بغيره من طرق التصحيح الأخرى، وبناء على ذلك يكون بين التصحيح والتحول عموم وخصوص مطلق، فكل تحول هو تصحيح وليس كل تصحيح تحولاً[3].

الفرع الثالث: الفرق بين تصحيح التصرف وإجازته:

الإجازة هي (إنفاذ تصرف موقوف بإذن لا حق مستحق)[4].

---

(١) تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي (ص ٢٣٧، ٢٣٨).

(٢) لسان العرب (١١ / ١٨٤).

(٣) تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي (ص ٣٣٢).

(٤) ينظر المصدر السابق.

الفرق بين التصحيح والإجازة يظهر بالأمور الآتية:

١ـ الإجازة لا تكون إلا لعقد منعقد صحيح موقوف لسبب من الأسباب [١]، بخلاف التصحيح فلا يرد إلا على العقد الفاسد.

٢ـ إجازة العقد تكون من حق العبد، بخلاف التصحيح فهو لحق الشرع[٢].

الفرع الرابع: الفرق بين تصحيح العقد وتجديده:

تجديد العقد هو: إعادة إبرام للعقد السابق[٣].

وقد اعتبر الفقهاء التجديد طريقة من طرق تصحيح العقود، ومن ذلك ما جاء في المبسوط (وتصحيح العقد الفاسد في استقباله أي في تجديده)[٤].

الفرق بين التصحيح والتجديد للعقد يظهر في الأمور التالية:

١ - التجديد يكون للعقد بكلِّه، بخلاف التصحيح فيكون لجزءٍ معين فيه.

٢ - تجديد العقد لا يشترط وجود خلل فيه، بخلاف التصحيح فلا يكون إلا لوجود خلل في أوصاف العقد.

٣- التجديد قد يكون تلقائياً وذاتياً للضرورة [٥]، أما التصحيح فلا يكون تلقائياً؛ لأن الفساد لا يزول بذاته[٦].

---

(١) المدخل الفقهي الزرقاء (٢ / ٧٢٢).

(٢) يستثنى من ذلك إذا كان الفساد بسبب الإكراه.

(٣) تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي (٣٣٣).

(٤) المبسوط (١٢/ ١٤٣)

(٥) كانتهاء مدة الإجارة قبل الوصول إلى الساحل فتمدد الإجارة تلقائياً بأجرة المثل.

(٦) ينظر تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي (ص ٣٣٥).

الفصل الأول

التأصيل الشرعي لتصحيح العقود الفاسدة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية تصحيح العقود وشروطه.

المبحث الثاني: إجراء العقود الفاسدة.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على العقد الباطل والفاسد.

المبحث الأول

مشروعية تصحيح العقود وشروطه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مشروعية تصحيح العقود وشروطه.

المطلب الثاني: شروط تصحيح العقود.

المطلب الأول

مشروعية تصحيح العقود

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مشروعية التصحيح من القرآن الكريم:

قال تعالى ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَٰلَكُمْ﴾[1].

وجه الدلالة: تدل الآية بعمومها على النهي عن إبطال الأعمال والتصرفات، وإن إهمال تصحيح العقد الذي يمكن تصحيحه بوجه شرعي هو إبطال له فيكون منهياً عنه، لذا (فإن التحرز عن إبطال العمل واجب)[2].

الفرع الثاني: مشروعية التصحيح من السنة النبوية:

دلت كثير من الأحاديث على مشروعية التصحيح ومن ذلك:

١ـ ما رواه البخاري عن عروة البارقي «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به شاة فاشترى له شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه»[3].

---

(١) سورة محمد، الآية (٣٣).

(٢) المبسوط، للسرخسي (٣/ ٦٩).

(٣) رواه البخاري في كتاب المناقب «باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية، فأراهم انشقاق القمر»، حديث رقم (٣٦٤٢).

وجه الدلالة من الحديث:

١ـ أن النبي ﷺ صحح تصرف الصحابي عروة البارقي مع أنه خالف الوكالة فاشترى شاتين بدل أن يشتري شاة واحدة. وباع إحدى الشاتين دون وكالة أو تفويض ومعلوم أنه لم يكن مأموراً ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله ﷺ بالخير والبركة على ما فعل، ولأنكر عليه، لأن الباطل ينكر، ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا[1].

٢ـ ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها، قالت دخلت على بريرة فقالت: إن أهلي كاتبوني على تسع أواق على تسع سنين في كل سنة أوقية. فأعينيني. فقلت لها إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك ويكون ولاؤك لي فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس. فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: (خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق)[2].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ أبطل الشرط المخالف لكتاب الله تعالى، وأمضى العقد الذي أبرمته عائشة رضي الله عنها[3]، (فأبطل الشرط ولم يبطل العقد)[4].

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ١٤٩).

(٢) صحيح البخاري ـ باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ـ حديث رقم (٢٠٦٠).

(٣) تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي (ص ٣٣٩).

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع (٣/ ١٩٤).

٣ـ ما رواه مسلم عن عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ لم يبطل تصرف المعتق كله مع أنه قال له قولاً شديداً كراهية لفعله وتغليظاً عليه(٢)، إنما صحح بعضه وأبطله في الباقي، ولم ينقل أنه راجع الورثة فدل على منعه مطلقاً»(٣).

٤- لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال ﷺ: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقى فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»(٤).

٥ - لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال ﷺ: «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء امسكها وان شاء ردها ومعها صاع من تمر»(٥).

وجه الدلالة من الحديثين :

أن النبي ﷺ أثبت الخيار للجالب وللمشتري (البائع) فدل هذا على تصحيح العقد.

(١) رواه مسلم في كتاب الأيمان باب (من أعتق شركاً له في عبد) حديث رقم (١٦٦٨).

(٢) شرح النووي على مسلم (١١/ ١٤٠).

(٣) فتح الباري (٥ / ٣٧٣).

(٤) رواه مسلم في كتاب البيوع ، باب تحريم تلقي الجلب (١٥١٩).

(٥) رواه مسلم في كتاب البيوع ، باب حكم بيع المصراة (١٥٢٤).

الفرع الثالث: مشروعية التصحيح من المعقول:

أولاً: القياس على إجازة العقد الموقوف:

فلما كانت إجازة العقد الموقوف تمنحه النفاذ وتنأى به عن البطلان، فكذلك تصحيح العقد الفاسد، لأن في كليهما صيانة لتصرف العاقل عن الإبطال[1]، لذا (فإن تصحيح العقد بإزالة المفسد نظير الإجازة في البيع الموقوف)[2].

ثانياً: الاستحسان المستند إلى دليل آخر:

يعتبر الاستحسان من الأدلة التي استند إليها الفقهاء في تصحيح التصرفات؛ لأن الجري مع القياس دائماً قد يؤدي إلى إبطال كثير من التصرفات، لذلك يعدل عن القياس في حالات معينة إلى الاستحسان تصحيحاً لتصرف المكلف الذي يستند إلى دلائل الشرع[3].

من الأمثلة على التصحيح المستند إلى الاستحسان ما يأتي:

١ــ إذا اشترط رب الغنم أو البقر على الراعي حين دفع الغنم إليه أن يولدها ويرعى أولادها، فالعقد فاسدٌ قياساً، لأن المعقود عليه هو العمل فلابد من إعلامه، وإعلامه ببيان محله وهنا محل العمل مجهول؛ لأنه لا يدري ما تلد منها، وكم تلد وجهالة المعقود عليه

(١) تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي (ص ٣٤٢).

(٢) المبسوط (١٣/٥٠).

(٣) تصحيح التصرفات الفاسدة (ص٣٤٢).

مفسدة للعقد، ولكن جاز ذلك استحساناً؛ لأنه عمل الناس[1] ولأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة بينهما[2].

٢ــ لو كفل رجل رجلاً آخر كفالة نفس فقال: إن لم يوف بالألف التي عليه إلى وقت كذا فهي علي فمضى الأجل قبل أن يوافيه به، فالتزامه بالمال التزام باطل قياساً؛ لأنه علق التزام المال بالخطر وتعلق التزام المال بالخطر باطل، ولكن يلزمه المال استحساناً تصحيحاً لتصرفه[3].

---

(١) أي عرف الناس.

(٢) المبسوط (١٥/ ١٦٤).

(٣) المبسوط (١٩/ ١٧٦).

المطلب الثاني

شروط تصحيح العقود

ليس كل العقود قابلة للتصحيح وإلا ارتفع بذلك أصل البطلان وهذا غير صحيح، فالعقود التي يجوز تصحيحها هي التي توفرت فيها الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون العقد فاسداً، فإذا كان باطلاً، فهو لا يقبل التصحيح[1] ، لأن التصحيح إنما يكون العقد منعقداً موجوداً اعتراه خلل غير جوهري في جانب من جوانبه يأتي التصحيح ليرفعه. أما العقد الباطل فليس هنا عقد ليتم تصحيحه لأن الباطل غير منعقد أصلاً، ولا وجود له شرعاً[2]، لأن (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)[3].

ثانياً: أن يكون التصحيح ممكناً: إذا ليس كل العقود الفاسدة قابلة للتصحيح، وليس من الممكن رفع الفساد في كثير من الحالات فإذا كان رفع الفساد غير ممكن فلا يجوز التصحيح[4].

ثالثاً: أن لا يكون الفساد متمكناً[5]: والفساد المتمكن هو ما كان متعلقاً بصلب العقد، وصلب العقد هو ما كان متعلقاً بالعوضين أو بأحدهما[6]، فإذا كان الفساد متعلقاً

(١) فتح القدير شرح الهداية (٦ / ٤١٤).

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥ / ٣٠١).

(٣) الفروق للقرافي (١ / ١٦٤).

(٤) تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي ص (٣٤٦).

(٥) المبسوط (١٣ / ٥٠).

(٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٤ / ٥٨).

بصلب العقد فهو فساد متمكن لا يمكن رفعه، لقوة الفساد[1]، ولا يجوز معه تصحيح العقد.

رابعاً: كل ما كان الفساد في عقود اشترط فيها التقابض فلا يجوز تصحيح العقد ، والفساد يتقرر في حالات منها:

أ ـ انقضاء مجلس العقد قبل زوال المفسد [2]، ومثال ذلك اشتراط الخيار في عقد الصرف [3].

ب ـ عدم تقابض بدلي الصرف[4] فإذا حصل الافتراق قبل التقابض في هذا العقد يتقرر الفساد[5][6].

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٤ / ٥٨).

(٢) المبسوط (٦/ ١٣).

(٣) تصحيح التصرفات (ص ٣٥٠).

(٤) المبسوط (٣/ ١٤).

(٥) تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي (ص٣٥٠).

(٦) وهنا تأتي مسألة: وهي مسألة «الفكة» وهذا مصطلح دارج عند الناس، شخص معه مثلاً مائة ريال يبغيها صرف يفكها ريالات، فيأتي إلى صاحب محطة أو بقالة أو غيرها ويقول اصرفها لي ريالات، أو يشتري من البقال شيء بسيط ـ مشروبات غازية أو حلويات أو غيرها ـ ويبقى مثلاً تسعين ريال فيذهب صاحب البقالة فيصرفها من مكان آخر.

ترون الآن: إما أن يعطيه نقود كاملة أو يشتري بها سلعة أخرى مثلاً بعشر ريالات ويرد إليه تسعين ريالاً.

الآن: مبادلة ربويين من نفس الجنس! أليس كذلك؟ ريالات بـ ريالات. فيشترط التقابض والتماثل.

فلو أنه ذهب ليصرفها من مكان آخر ـ خرج مثلاً إلى بقال أخر، أو إلى محطة قريبة ، هل يجوز هذا ؟ هذا محل خلاف. من العلماء المعاصرين كالشيخ عبد العزيز بن باز ـ رحمة الله عليه ـ من يرى أن هذا لا يجوز لعدم تحقق =

خامساً: أن لا يترتب على التصحيح ضرر بأحد العاقدين[1].

سادساً: أن يكون للتصحيح مستند شرعي، فإذا لم يكن له سند شرعي فلا يجوز، لأن ذلك يؤدي إلى إهدار الشروط والنواهي الشرعية [2].

=

التقابض؛ لأنه مصارفة مال ربوي بـ مال ربوي من جنسه، ولم يتحقق التقابض. صحيح هناك حلول، لكن ليس هناك تقابض.

الشيخ عبد الرحمن السعدي ــ رحمه الله ــ: توسط في هذه المسألة، وقال في مثل هذه المعاملات يشترط الحلول، ولا يشترط التقابض.

يعني: لا يجوز أن يؤجله، فلا يجوز أن يأخذ المائة ريال، ويقول: أعطيك الفكة غداً. وإذا أجله اختل شرط الحلول.

قال: يغتفر في مثل هذا «التقابض» فيجوز أن يقول مثلاً: اذهب إلى الدكان الفلاني لأصرفه، أو أخرج لمكان آخر لأصرفها، وأعيدها إليك، قال: لأن هذا مما يشق الاحتراز عنه، ويكثر عند الناس، ولعل ما ذهب إليه الشيخ عبدالرحمن السعدي فيه توسط في هذه المسألة. (مذكرة فقه المعاملات المصرفية لفضيلة الشيخ د. يوسف الشبيلي (ص ٣١، ٣٢)، وهي عبارة عن دروس علمية قام بنشرها أبو مهند النجدي).

(١) المبسوط (١٤/ ٨٩).

(٢) تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي (ص ٣٥١).

المبحث الثاني

إجراء العقود الفاسدة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الدخول فيها ابتداء:

المطلب الثاني: حكم الاستمرار فيها.

المطلب الأول

حكم الدخول فيها ابتداء

العقد الفاسد إنما سمي فاسداً؛ لأن الشارع نهى عنه، وكل عقد نهى الشرع عن إجرائه فهو فاسد أو باطل، فالفساد في العقود إنما هو نتيجة وأثر للنهي الوارد عليها، وإذا عُرِف هذا عُرِف الحكم التكليفي لإجراء العقد الفاسد والدخول فيه ابتداء وهو التحريم.

وتحريم إيقاع العقود الفاسدة والإقدام عليها أولى وأشد من تحريم إيقاع الشروط الفاسدة؛ لأن التحريم فيها عائد إلى ذاتها، بخلاف الشرط، فإنه أمر خارج عن ذات العقد، فكل عقد فاسد يفسد العقد وما لحقه من الشروط، وليس كل شرط فاسد يفسد ذات العقد.

قال الشيخ ابن عثيمين – رحمه الله –[1]: (إيقاع العقود الفاسدة أو الشروط الفاسدة حرام لا يجوز؛ لأن الفساد نتيجة التحريم وثمرته، فلا فساد إلا بتحريم)، ولهذا نقول: (كل فاسد محرم وليس كل محرم فاسداً، ومعنى فاسداً أي: لا تترتب عليه

(١) هو: أبو عبد الله محمد بن صالح بن محمد بن عثيمين المقبل الوهيبي التميمي، ولد في عنيزة من مدن القصيم في عام ١٣٤٧هـ في عائلة معروفة بالدين والاستقامة، حفظ القرآن ثم اتجه إلى طلب العلم، وكان قد رزق ذكاء وزكاء وهمة عالية، لازم العلامة المفسر عبد الرحمن السعدي، ورشح لإمامة الجامع الكبير بعد وفاة شيخه ابن سعدي وتفرغ للتدريس، وبرع في الفقه والعقيدة والتفسير وغيرها من الفنون، وذاع صيته عند الخاص والعام، وانتشرت آرائه الفقهية، توفي يوم الجمعة ١/ ١١/ ١٤٢١ هـ في جدة وصلى عليه في الحرم المكي. من مؤلفاته: فتح رب البرية بتلخيص الحموية، ومصطلح الحديث، والأصول من علم الأصول، وأصول التفسير، والشرح الممتع على زاد المستقنع.
انظر في ترجمته ابن عثيمين الإمام الزاهد، د. ناصر الزهراني.

أحكامه)[1].

وتحريم الدخول في العقد الفاسد لم يختلف العلماء فيه في الجملة، حتى عند الحنفية الذين أثبتوا ملكية الفاسد بالقبض فقالوا (إن المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود وليندفع التغالب، والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة، وأما الفاسد فعقد مخالف للدين، ثم إنه وإن أفاد الملك لكن لا يفيد تمامه إذا لم ينقطع حق البائع من المبيع، ولا المشتري من الثمن إذ لكل منهما فسخه بل يجب عليه»[2].

ولذلك قال بعض الحنابلة: (ويحرم تعاطيهما عقداً فاسداً من بيع أو غيره)[3].

وقال بعض الشافعية: (العقد الفاسد تعاطيه حرام) [4].

قال الزركشي[5]: وقال ابن الرفعة [6]: ما كان من العقود منهياً عنه فالإقدام عليه حرام، وما كان فساده بالاجتهاد فقد يقال ليس بحرام» [7].

---

(١) منظومة أصول الفقه وقواعده للشيخ ابن عثيمين (ص ٢١٤).

(٢) شرح فتح القدير (٦/ ٤٠١).

(٣) ينظر الانصاف (٤/ ٤٧٣)، وكشاف القناع (٣/ ٢٤٥).

(٤) ينظر المنثور في القواعد (٣/ ١٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٨١)

(٥) هو: محمد بن بهادر بن عبدالله، أبو عبدالله بدر الدين الزركشي، فقيه، شافعي، أصولي، من تصانيفه: «البحر المحيط» و«أعلام الساجد بأحكام المساجد»، و«المنثور» ت (٧٩٤ هـ). الأعلام للزركلي (٦/ ٢٨٦).

(٦) هو: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري البخاري المصري الشافعي الشهير بابن الرفعة، والملقب بنجم الدين، والمكنى بأبي العباس، كان من كبار أئمة الشافعية في مصر كان أعجوبة في معرفة المذهب الشافعي، توفي سنة (٧١٠هـ). من مؤلفاته: شرح التنبيه المسمى بالكفاية، وشرح الوسيط المسمى بالطلب، وغيرها. ينظر في ترجمته طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/ ٦٦).

(٧) ينظر المنثور في القواعد (١/ ٢٥٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٨١).

ومعنى هذا التحريم عند الجمهور: أن العقود الفاسدة التي نهى الشرع عنها يحرم تعاطيها ولا ينتقل الملك بها ولو تراضى على ذلك المتعاقدان فقولهم: «يحرم» يعنون: أن من فعل فهو آثم؛ لأنه فعل ما لا يجوز له فعله ومع الإثم لا يتم به ملك أيضاً؛ لئلا يظن الجاهل أن من فعل ذلك فسد عقده فقط، بل يقال يأثم ويفسد العقد، ولا يملك به فيجب رد السلعة إلى البائع، وصور العقد الفاسد لا تنضبط، يدخل فيه كل بيع نهي عنه سواء كان من الربويات أمن من غيرها كالطعام الذي يباع قبل قبضه وكالعينة، وكما لو جمع بين سلف وبيع، أو بيع ما ليس عنده[1].

أما معنى ذلك عند الحنفية: أن العقود الفاسدة التي نهى عنها الشرع يحرم تعاطيها ولو تراضى على ذلك المتعاقدان، فإذا قبضه فإنه يملكه ملكاً خبيثاً يجب فسخه، ويأثم في قبضه، وهنا نجد أن ثم قدراً مشتركاً بين الجمهور والحنفية وهو تحريم تعاطيه وخبثه ووجوب فسخه والتراد[2].

ومع أن هذا هو حكم الدخول فيها إلا أنه قد يجوز الإقدام عليها أحياناً وذلك عند الضرورة، فالضرورات تبيح المحظورات[3].

قال الزركشي: (وقد يجوز الإقدام على العقد الفاسد للضرورة كالمضطر يشتري

---

(١) الدرر السنية في الأجوبة النجدية (٦/ ٤٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٤)، البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٠٣)، حاشية البناني على جمع الجوامع (١/ ١٦٧)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٣).

(٣) أحكام المقبوض بعقد فاسد وتطبيقاته (ص ٣٩).

الطعام بزيادة عن ثمن المثل)[1].

وجاء في مغني المحتاج (وتعاطي العقود الفاسدة حرام في الربوي وغيره إلا في مسألة المضطر المعروفة، وهي فيما إذا لم يبعه مالك الطعام إلا بأكثر من ثمن المثل فله أن يشتري شراء فاسداً إن أمكن حتى لا يلزمه أكثر منه)[2].

(١) المنثور في القواعد (١/ ٣٥٤،٣٥٥).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٣٠).

المطلب الثاني

حكم الاستمرار فيها

سبق في المطلب السابق بيان تحريم الدخول في العقد الفاسد الذي علم فساده، وهذا التحريم يستمر حتى ولو عصى المسلم ربه ودخل فيه، ودخوله فيه لا يصيِّره عقداً مباحاً ولا صحيحاً.

(فلا يحل له الاستمرار والمضي فيه سواء طرأ عليه الفساد أم كان فاسداً من الأصل لأن المضي والاستمرار في الفاسد مضادة لله عز وجل؛ فالحق سبحانه إنما حرم هذا الشيء وأفسده لئلا يرتكبه الناس، والمضي فيه ارتكاب له واستثنى بعض العلماء من ذلك الحج والعمرة)[1].

ويحرم المضي فيما فسدا   إلا بحج واعتمار أبداً[2].

وهذه قاعدة من القواعد الفقهية التي جرى التطبيق عليها في كثير من أبواب الفقه عدا الحج والعمرة.

قال الشافعي: (وليس شيء يمضي في فاسده إلا الحج)[3].

ففي البيع، لو تبايع رجلان شيئاً مجهولاً كبيع الحمل في البطن وبيع المجهول فاسد

(١) أحكام المقبوض بعقد فاسد وتطبيقاته (ص ٤٠).

(٢) منظومة أصول الفقه وقواعده (ص ٢١٦).

(٣) المنثور في القواعد (٣/ ١٨).

لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر [1]، ثم تبين لهما بعد العقد الفاسد أن البيع فاسد فلا يجوز لهما أن يمضيا في البيع بل يجب أن يقطعاه، وأن يعود لكل منهما ماله الذي كان له قبل العقد؛ لأن هذا البيع فاسد، واستمراره مضادة لله [2].

وكذلك لو أن إنساناً عقد عقداً ربوياً بأن باع درهماً بدرهمين أو صاعاً من البر بصاعين من البر، فإن هذا عقد فاسد يجب رده، ويحرم أن يمضي فيه، فترد السلعة إلى البائع ويرد الثمن إلى المشتري [3].

والدليل من السنة على تحريم الاستمرار في العقد الفاسد، أن بلالاً [4] رضي الله عنه جاء إلى النبي ﷺ بتمر برني فقال له ﷺ: «من أين هذا ؟» فقال بلال: تمر كان عندنا ردئ فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ عند ذلك «أوه عين الربا لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر ثم اشتر به» [5]، وفي رواية مسلم: «فردوه ثم بيعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا» [6] فأمر برده؛ لأن هذا ربا والربا يجب رده، وهذا نتيجة القول

---

(١) صحيح مسلم (كتاب البيوع ـ باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر) حديث رقم (١٥١٣).

(٢) أحكام المقبوض بعقد فاسد وتطبيقاته (ص ٤١).

(٣) منظومة أصول الفقه (ص ٢١٦).

(٤) هو: أبو عبد الكريم، وقيل: أبو عبد الله وقيل: أبو عمرو بلال بن رباح القرشي التيمي الحبشي ، مؤذن رسول الله ﷺ مولى أبي بكر رضي الله عنه، وأمه حمامة من السابقين الأولين الذين عذبوا في الله فأعتقه أبو بكر فلزم النبي ﷺ وشهد بدراً وأحد والمشاهد كلها وشهد له النبي ﷺ بالجنة، توفي سنة (٢٠هـ).

ينظر: (سير أعلام النبلاء (٢/ ٣٠٢) والإصابة في تمييز الصحابة (١/ ٣٢٦).

(٥) صحيح البخاري (كتاب الوكالة ـ باب إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً فبيعه مردود) حديث رقم (٢١٨٨).

(٦) صحيح مسلم (كتاب المساقاة ـ باب بيع الطعام مثلاً بمثل) حديث رقم (١٥٩٤).

بالفساد، والتحريم؛ لأننا لو قلنا يفسد، وبقيت السلعة في يد المشتري والثمن في يد البائع لم يكن لقولنا إنه فا سد معنى ولا ثمره بل لابد من إعادته»[1].

قال النووي[2]، عن هذا الحديث: «وقوله ﷺ: «هذا الربا فردوه» هذا دليل على أن المقبوض ببيع فاسد يجب رده على بائعه وإذا رده استرد الثمن»[3].

وقال ابن حجر[4]: (وفيه أن البيوع الفاسدة ترد)[5].

وقال مالك: (وكل بيع حرام لا يقر على حال إن أدرك رد وإلا فقيمتها على المشتري)[6].

وقال الشافعي: (والبيع الفاسد لو مرت عليه الآباد أو اختار المشتري أو البائع إنفاذه

---

(١) منظومة أصول الفقه (ص ٢١٦) و (٦٩).

(٢) هو: يحيى بن شرف بن مري بن حسن، النووي أو (النواوي) أبو زكريا، محي الدين من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق، ولد في العشر الأوسط من المحرم سنة إحدى وثلاثين وستمائة بنوى وتوفي رابع عشرين شهر رجب سنة ستة وسبعين وستمائة، علامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة وأقام بها زمناً. من تصانيفه: «المجموع شرح المهذب» «روضة الطالبين» «المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج». ينظر: فوات الوفيات (٤ / ٢٦٤، ٢٦٥).

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/ ٢٢).

(٤) هو: أحمد بن علي بن محمد ، شهاب الدين، أبو الفضل الكناني العسقلاني المصري المولد والمنشأ والوفاة الشهير بابن حجر ولد سنة (٧٧٣)، وتوفي (٨٥٢)، من كبار الشافعية كان محدثاً فقيهاً مؤرخاً ودَّرس في عدة أماكن وأفتاء بدار العدل، زادت تصانيفه على مائة وخمسين مصنفاً من تصانيفه: «فتح الباري شرح صحيح البخاري» «الدراية في منتخب تخريج الهداية». ينظر طبقات الحفاظ (١/ ٢٥٣)، والأعلام (١/ ١٧٨).

(٥) فتح الباري (٧/ ٣٢).

(٦) المدونة الكبرى (٣/ ٣٣٨).

لم يجز)[1]

وقال ابن عبد البر[2]: (فإنه معروف في الأصول أن ما ورد التحريم بـه لم يجـز العقـد عليه ولابد من فسخه)[3].

(فالقابض مخاطب شرعاً برد المقبوض لهذا العقد الفاسد إلى مالكه في كل لحظة)[4].

وهكذا كل ما ملك بعقد فاسد حرم المضي فيه، ووجب رده إلى صاحبه بكل حال[5]. حتى على رأي الحنفية الـذين يـرون ثبـوت الملكيـة بـالقبض حيـث قـالوا (إذا أصر البـائع والمشتري على إمساك المشترى فاسداً، وعلم به القاضي فله فسخه حقاً للشرع)[6].

وقالوا: (وأما التصرف الذي فيه انتفاع معين كأكل الطعام ولـبس الثـوب وركـوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح أنه لا يحل لأن الثابت بهذا البيـع ملـك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع به لأنه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له،

---

(١) الأم (٦/ ٢٦٩).

(٢) هو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الحافظ، أبو عمر ولد بقرطبة، مـن أجلّـة المحـدثين والفقهـاء شيخ علماء الأندلس، مؤرخ أديب مكثر من التصانيف رحل رحلات وتوفي بشاطبة، من تصانيفه: «الاستذكار في شرح مذاهب علماء الأمصار» و«التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد» و «الكـافي» في الفقـه. ينظـر في ترجمتـه (الأعلام: ٩ / ٣١٧) و (الشذرات: ٣ / ٣١٤).

(٣) التمهيد (٢٠/ ٥٨).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٤٠٩).

(٥) ينظر: شرح تحفة أهل الطلب، د. عبد الكريم اللاحم (ص ١٢٨) (ق ٤٢).

(٦) البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٠٣).

وفيه تقرير الفساد ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفساد بالتسليم)[1].

قال ابن رشد[2] (اتفق الفقهاء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد، يعني أن يرد البائع الثمن، والمشتري المثمون)[3].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: (المقبوض بالعقد الفاسد يجب فيه التراد من الجانبين، فيرد كل منهما على الآخر ما قبضه منه)[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٤).

(٢) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، أبو الوليد، فقيه مالكي ، فيلسوف طبيب من أهل الأندلس، من أهل قرطبة، ويلقب بالحفيد تمييزاً له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الذي يميز بالجد. من تصانيفه: «فصل المقال في ما بين الحكمة والشريعة من الاتصال» و«بداية المجتهد ونهاية المقتصد» (ت ٥٩٥ هـ). ينظر: الأعلام للزركلي (٦ / ٢١٣)، وشذرات الذهب (٤ / ٣٢٠).

(٣) بداية المجتهد (٢ / ١٥٥).

(٤) اقتضاء الصراط المستقيم (١ / ٢٤٧).

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على العقد الباطل والفاسد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: آثار العقد الباطل.

المطلب الثاني: آثار العقد الفاسد.

المطلب الأول

آثار العقد الباطل

قد يترتب على العقد الباطل بعض الآثار التي تترتب على العقد الصحيح، وهذه الآثار تعد استثناء من النتيجة الأساسية للعقد الباطل، كما أن هذه الآثار لا تنتج عن ذات العقد، وإنما عن وصف آخر اقترن بالعقد أو صاحبه، أو حصل بعده، فينتج عن ذلك بعض الآثار الفرعية التي تترتب على العقد حالة انعقاده[1].

فالذي يجب أن يعلم أن المصالح الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست بناشئة عنها في الحقيقة. وإنما هي ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها حديث لاحقة لها وجاءت تبعاً[2].

والمثال يوضح المقال:

ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل:

اختلف العلماء في حكم المبيع المقبوض في البيع الباطل على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية في القول الراجح [3] والمالكية[4]،

---

(١) ينظر الموافقات (١/ ٢١٨/ ٢١٩)، المنثور في القواعد (٣/ ١٥).

(٢) الموافقات (١/ ٢٣٨)، بتصرف يسير.

(٣) هذا القول لبعض مشايخ الحنفية منهم: شمس الأئمة السرخسي وغيره وهو قول الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف محمد (ينظر رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين (٥/ ٧٦)، العناية على الهداية (٣/ ٤٢)، الهداية شرح بداية المبتدئ (٣/ ٤٢)، مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأخبار (٣/ ١٩٢).

(٤) ينظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٧٠) والشرح الكبير على مختصر خليل (٣/ ٧٠).

والشافعية[1]، والحنابلة[2]، على أن المشتري إذا قبض المبيع في العقد الباطل فإنه يكون في ضمانه، فإذا تلف المبيع كله أو هلك في يد المشتري فإنه يضمنه بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً، وكذلك يضمن زيادته لحصولها بيده بغير إذن الشرع.

وللشافعية قاعدة في كون بعض العقود الفاسدة أو الباطلة تترتب عليها بعض من أحكام الصحيح وهي: إذا كان للفعل عموم وبطل الخصوص قد لا يعمل العموم[3].

إلا أنه يمكن القول أن القاعدة العامة في ذلك عند الفقهاء هي: أن تترتب بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح على العقد الباطل ليس ناشئاً عن العقد الباطل وإنما لأمور أخرى خارجة عن نفس العقد الأول[4].

وهذا الحكم يخرج على قاعدة: كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده، والمراد استواء الصحيح والفاسد في أصل الضمان، فعقد البيع صحيح مضمون بالثمن وفاسده بالقيمة أو المثل[5].

وجه هذا القول: أن المشتري قبض المبيع على سبيل المعاوضة بدفع الثمن، فيكون كالمقبوض على سوم الشراء، فالمبيع في العقد الباطل ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم

(١) المجموع (٩/ ٣٤٩).

(٢) ينظر كشاف القناع (٣/ ٢٤٥)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٣٠٧).

(٣) ينظر البحر المحيط (١/ ٣٢٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٢٩).

(٤) الموافقات (١/ ٢١٩).

(٥) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٧٤)، القواعد لابن رجب (١ / ٣٣٤) (ق ٤٧).

الشراء، بل أولى منه في الضمان [1]، واستثنى المالكية من ذلك، إذا كان المبيع مما لا يجوز تملكه شرعاً كالميتة، فضمانه على بائعه وإن قبضه المشتري [2].

القول الثاني:

ذهب بعض فقهاء الحنفية [3] إلى أن المبيع المقبوض في البيع الباطل يكون أمانة في يد المشتري فإذا هلك في يده من غير تعد أو تقصير منه فلا يضمنه[4].

وبهذا القول أخذت المجلة حيث جاء في (ق: ٣٧٠): «وإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدٍّ لا يضمنه»[5].

وجه هذا القول: أن البيع لما كان باطلاً بقي مجرد القبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان على القابض بغير تعد كالوديعة[6].

وبهذا يتبين أن العقد الباطل وإن كان لا ينتج أثراً كتصرف شرعي فلا ينقل الملك، إلا أنه كواقعة مادية إذا اقترن بالتسليم ينتج أثراً، لأن التسليم تم لتحقيق مصلحة المشتري فيكون المبيع مضموناً في يده إذا هلك»[7].

---

(١) ينظر العناية على الهداية (٣ / ٤٢)، فتح القدير لابن الهمام (٦ / ٤٠٤).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣ / ٧١).

(٣) منهم أبو نصر بن حمد الطوابيسي، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة، ينظر «فتح القدير» (٦/ ٤٠٤).

(٤) ينظر الدر المختار (٥/ ١٧٦)، فتح القدير (٦ / ٤٠٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١ / ٣٣٤).

(٥) المجلة (١/ ٣٣٤).

(٦) أقسام العقود (١ / ١٩٧).

(٧) أقسام العقود (١ / ١٩٨).

المطلب الثاني

آثار العقد الفاسد

القاعدة عند الفقهاء في ذلك هي: أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب في فاسده.

نص على ذلك الشافعية والحنابلة، وهو المستفاد من مذهب الحنفية والمالكية[1].

فالعقد الفاسد عند الحنفية يفيد الملك بعد القبض بإذن المالك؛ فإن كان من عقود الضمان وحصل القبض فإنه يوجب الضمان مع الفساد، كعقد البيع[2].

وعند المالكية ينتقل الملك للمشتري في البيع الفاسد إذا فات المبيع في يده، ويجب عليه ضمانه، إما بالمثل أن كان مثلياً، أو بالقيمة فيما لا مثل له[3].

وإذا علمت هذا فاعلم أنهم أوجبوا الضمان في كل عقد فاسد إذا كان يجب الضمان في صحيحه؛ لأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى.

وأما ما لا يجب الضمان في صحيحه فلا يجب في فاسده؛ لأن إثبات اليد عليه بإذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضماناً[4] فعقود الضمان كالبيع والإجارة والعارية والصلح والكفالة موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد، وعقود الأمانات كالمضاربة والشركة

---

(١) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٧٤)، القواعد الفقهية لابن رجب (١ / ٣٣٤) (ق ٤٧).

(٢) ينظر فتح القدير (٦/ ٤٠٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٤).

(٣) ينظر القوانين الفقهية (ص ٢٨٤)، بداية المجتهد (٢/ ١٤٥-١٤٦).

(٤) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٧٤)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٨٢).

والوكالة، وعقود التبرعات كالهبة والصدقة لا يجب الضمان فيها مع الصحة ولا مع الفساد عند التلف، وليس المراد أن كل حال ضمن فيها العقد الصحيح ضمن في مثلها من الفاسد، بل المراد من القاعدة استواء العقد الصحيح والفاسد في أصل الضمان، لا في الضامن ولا في المقدار، لأنهما لا يستويان.

أما الضامن فإن الولي إذا أستأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة، فإن الأجرة تكون على الولي، لا في مال الصبي، بخلاف الإجارة الصحيحة فالأجرة في مال الصبي.

وأما في المقدار: فإن البيع الصحيح مضمون بالثمن، وفاسده بالقيمة أو المثل والقرض الصحيح مضمون بالمثل مطلقاً، وفاسده بالمثل أو القيمة، والمساقاة الصحيحة مضمونة بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل، وكذا القراض، والإجارة والمسابقة والجعالة[1].

(١) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٧٦)، القواعد الفقهية لابن رجب (١ / ٣٣٤، ٣٤٤) (ق ٤٧).

المبحث الرابع

منهج الفقهاء في تصحيح العقود الفاسدة

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن العقد الفاسد يمكن تصحيحه بحذف المفسد، ويجنح المذهب المالكي أيضاً إلى هذا الرأي إلا في شروط معينة كما سيأتي[1]:

أساس التصحيح عند الحنفية أنهم يفرقون بين العقد الباطل والفاسد فيرون أن العقد الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار العقد فيصبح كالمعدوم، أما الفاسد فقد فرقوا بين قوة الفساد، وضعفه، فالفساد القوي لا يمكن تصحيحه بخلاف الضعيف.

يقول الكاساني[2]: (والأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد فإن كان قوياً بأن دخل في صلب العقد ـ هو البدل، أو المبدل - لا يحتمل الجواز برفع المفسد، كما إذا باع عبداً بألف درهم ورطل من الخمر فحط الخمر عن المشتري فهو فاسد ولا ينقلب صحيحاً. وإن كان الفساد ضعيفاً، وهو ما لم يدخل في صلب العقد، بل شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد، كما في البيع بشرط خيار لم يوقت، أو وقت إلى وقت مجهول كالحصاد، أو لم يذكر وقت، وكما في البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول، فإذا سقط الأجل من له الحق فيه قبل حلوله وقبل فسخه جاز البيع لزوال المفسد)[3].

---

(١)بدائع الصنائع (٧/ ١٧٨).

(٢) هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، فقيه، حنفي، يسمى ملك العلماء، أهم مصنفاته: «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»، (ت ٥٨٧ هـ). معجم المؤلفين (١/ ٤٤٦).

(٣) بدائع الصنائع (٥ / ١٧٨).

وعلى هذا لو باع سيارة بأربعين ألف ريال إلى الحصاد، أو على أقساط، ونجوم مجهولة، فسد البيع لجهالة الأجل، ولكن إذا ما حدد الأجل، ووقت، ورفعت الجهالة، وعاد العقد إلى الصحة والجواز[1]. وقديماً صيغ هذا الأصل على النحو الآتي:

«الأصل أنه يفرق بين الفساد إذا دخل في أصل العقد، وبينه إذا دخل في عُلْقَة من علائقه»[2].

وهكذا عند المالكية يصح العقد إذا حذف الشرط المفسد للعقد، سواء أكان شرطاً يخل بالثمن، أم إن كان شرطاً ينافي مقتضى العقد، إلا أنهم استثنوا شروطاً من هذا الضابط، فلا يصح البيع معها – ولو حذف الشرط المفسد – وهي [3]:

من ابتاع سلعة بثمن مؤجل على أنه إن مات فالثمن صدقة عليه، فإنه يفسخ البيع، ولو أسقط هذا الشرط، لأنه غرر وكذا لو شرط: إن مات فلا يطالب البائع ورثته بالثمن.

شرط ما لا يجوز من أمد الخيار، فيلزم فسخه وإن سقط لجواز كون إسقاطه أخذا به.

شرط الثُّنْيَا يفسد البيع، ولو أسقط الشرط.

والأصل عندهم عدم انقلاب العقد من البطلان إلى الصحة بشكل عام إلا في حالات معينة فحسب.

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي (١/ ٢٨٤).

(٢) أصول الكرخي (ص ١٦٥).

(٣) الشرح الصغير (٢/ ٢٧٧) أصول الفتيا: (١١٧).

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العقد لا ينقلب صحيحاً برفع المفسد، بناء على أصل التساوي بين الباطل والفاسد حسب اصطلاحهم.

ونبه إلى ذلك الإمام الماوردي الشافعي[1] في مناسبات مختلفة بأساليب متعددة من (الحاوي) ومنها ما يلي:

(العقد إذا وقع فاسداً لا يصح بزوال ما وقع به فاسداً)[2].

(العقد إذا فسد لم يصح بما يطرأ فيما بعده)[3].

(العقد إذا بطل لم يعد إلى الصحة فيما بعد)[4].

كما نصت كتب الحنابلة على هذا الأصل في مناسبات مختلفة، ومنها ما جاء في النصوص الآتية:

(لو بطل العقد لما عاد صحيحاً)[5].

(العقد الفاسد لا ينقلب صحيحاً)[6].

---

(١) هو: علي بن محمد بن حبيب القاضي أبو الحسن الماوردي أحد أئمة أصحاب الوجوه، قال الخطيب: كان ثقة من وجوه الشافعيين وله تصانيف عدة في أصول الفقه وفروعه وغيرها ولي لقضاء ببلدان شتى ثم سكن بغداد، توفي ربيع الأول سنة خمسين وأربعمائة، ومن تصانيفه: الحاوي، الأحكام السلطانية (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٢٣٠، ٢٣١).

(٢) الحاوي (٦/ ٩٣).

(٣) المصدر نفسه (٦ / ٩٥).

(٤) المصدر نفسه (٦ / ١١٠).

(٥) المغني (٤/ ٤١٠).

(٦) شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٢٧).

وإلى هذا يشير ما ذكره العلامة البهوتي [1] في النص الآتي:

(من أخرج زكاته من مال غصب، لم يجزئه ولو أجازها ربه: كبيعه، وإجارته؛ لأن ما لا يصح الابتداء لا ينقلب صحيحاً بالإجارة)[2].

ومن الواضح الجلي أن هذا التفريع الأخير يتناول ما هو باطل باتفاق الأئمة، والباطل لا يقبل الإجازة لدى الجميع، بل إذا أريد تصحيحه يجب تجديده بصورة صحيحة، وبما أن غير الحنفية لا يفرقون بين الفساد والبطلان، فقد يعتبرون تارة بالفساد، وتارة بالبطلان، فالباطل عند الحنفية غير منعقد، أما الفاسد فمنعقد قابل للفسخ، ما لم يمنع من الفسخ مانع شرعي[3].

ولكن أصحاب هذا القول لم يدللوا عليه، ولعل هذا الفريق اكتفى بما ذكره الأصوليون عند تناول المبحث المتعلق في دلالة النهي، ولعل عدم تصحيح العقد الفاسد يرجع إلى أن الجمهور قسموا العقد إلى صحيح وفاسد، فالصحيح هو ما ترتب أثره المقصود للمكلف، والفاسد خلاف ذلك ويترتب على ذلك أن العقد إذ فقد مشروعيته فلا يمكن أن

---

(١) هو: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي، فقيه حنبلي، شيخ الحنابلة بمصر في عهده نسبته إلى (بهوت) في الغربية بمصر، له «الروض المربع شرح زاد المستقنع، كشاف القناع عن متن الإقناع، دقائق أولى النهي بشرح المنتهى» وكلها في الفقه (ت ١٠٥١ هـ). الأعلام للزركلي (٧/ ٣٠٧).

(٢) كشاف القناع (٢/ ٢٦٢).

(٣) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية (١/ ٢٨٦).

يصحح (ذلك أن الحرمة والمشروعية متنافيان إذ المشروعية هي الإباحة أو القربة والطاعة، ولا يجتمع قصد القربة والمعصية)(١).

(والعلماء في جميع الأمصار لم يزالوا يستدلون على أن النهي يقتضي الفساد والبطلان في أبواب الربويات وغيرها)(٢).

وبعض العلماء يستدل على عدم جواز تصحيح العقد الفاسد بقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»(٣).

يقول ابن القيم ـ رحمه الله ـ (وهذا تصريح بإبطال كل عمل على خلاف أمره ورده وعدم اعتباره في حكمه المقبول، ومعلوم أن المردود هو الباطل لعينه، بل كونه رداً أبلغ من كونه باطلاً إذ الباطل قد يقال لما لا نفع فيه أو لما منفعته قليلة جداً، وقد يقال لما ينتفع به يبطل نفعه، وأما المردود فهو الذي لم يجعله شيئاً ولم يترتب عليه مقصوده أصلاً »(٤)، وقال أيضاً «ويرى بعضهم أن تصحيح العقد الفاسد والمشتمل على الوصف المقتضي لتحريمه وفساده جمع بين النقيضين فإن الصحة إنما تنشأ عن المصلحة والعقد المحرم لا مصلحة فيه بل هو منشأ لمفسدة خالصة أو راجحة)(٥).

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي لفتحي الدريني (١ / ٢٦٢).

(٢) إرشاد الفحول (١ / ٢٨٠).

(٣) ينظر صحيح مسلم ـ باب نقض الأحكام الباطلة ـ حديث رقم (١٧١٨).

(٤) حاشية ابن القيم (٦/ ١٦٩).

(٥) المصدر نفسه (٦ / ١٧٠).

وقد ذكر الأصوليون جملة من الأدلة استندوا عليها، تحمل في مجملها على عدم إمكانية تصحيح العقود الفاسدة إلا أن الغالب على هذه الاستدلالات أنها عقلية محضة[1].

ومنها:

١- قولهم: إن النهي لا يرد من الشارع في البيع والنكاح إلا لبيان خروجه عن كونه مملوكاً أو مشروعاً.

الاعتراض:

قلنا في هذا وقع النزاع عليه وكم من بيع ونكاح ونهي عنه وبقي سببا للإفادة فما هذا التحكم؟

٢- أجمع سلف الأمة على الاستدلال بالمناهي على الفساد ففهموا فساد الربا من قوله: «وذروا ما بقي من الربا» واحتج ابن عمر رضي الله عنه في فساد نكاح المشركات بقوله: «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن».

الاعتراض:

قلنا: هذا يصح من بعض الأمة أما من جميع الأمة فلا يصح ولا حجة في قول البعض، نعم يتمسك به في التحريم والمنع أما في الإفساد فلا.

٤- قوله عليه السلام «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[2].

---

(١) طرق تصحيح العقد الفاسد (ص ١٦٦).

(٢) رواه مسلم كتاب – باب نقض الأحكام الباطلة ورد المحدثات حديث رقم (١٧١٨).

الاعتراض:

قلنا: معنى قوله رد أي غير مقبول طاعة وقربة ولا شك في أن المحرم لا يقع طاعة أما ألا يكون سبباً للحكم فلا[1].

ولا شك أن ما ذهب إليه الحنفية هو أيسر للمتعاقدين وألصق بقواعد الشريعة الإسلامية التي تنص على رفع الحرج وتصحيح العقود بقدر الإمكان[2].

---

(١) المستصفى (٢/ ١٠١، ١٠٢).

(٢) ينظر مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٦٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٧).

الفصل الثاني

أسباب فساد العقود

وفيه تمهيد وأربعة مباحث:

التمهيد: تعريف السبب والفساد في اللغة والاصطلاح.

المبحث الأول: فساد العقد بالجهالة.

المبحث الثاني: فساد العقد بالغرر.

المبحث الثالث: فساد العقد بالإكراه.

المبحث الرابع: فساد العقد بالشرط الفاسد.

التمهيد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف السبب.

المطلب الثاني: تعريف الفساد.

المطلب الأول

تعريف السبب

السبب في اللغة:

السبب مفرد أسباب، ويطلق في اللغة على معان عدة، منها:

١ ـ الطريق، ومنه قول تعالى: ﴿فَأَتْبَعَ سَبَبًا﴾[١].

٢ ـ الحبل، وسمي الحبل سبباً، لأنه يتوصل به إلى نزح الماء من البئر[٢].

٣ ـ القربة والمودة[٣]، ومنه قوله تعالى ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ ٱلْأَسْبَابُ﴾[٤].

٤ ـ الوصلة والذريعة، ومنه: جعلت فلاناً سبباً إلى فلان في حاجتي[٥].

ويتلخص مما سبق أن، السبب في اللغة هو: ما يتوصل به إلى غيره[٦] سواء كان حسياً أو معنوياً.

السبب في الاصطلاح:

عرف السبب اصطلاحاً بأنه: هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي عليه على

(١) سورة الكهف، الآية (٨٥).

(٢) ينظر الصحاح (١/ ١٤٦).

(٣) ينظر لسان العرب (١/ ٤٥٥)، القاموس المحيط (ص ٩٦).

(٤) سورة البقرة، الآية (١٦٦).

(٥) ينظر لسان العرب (١/ ٤٥٥).

(٦) ينظر: الصحاح (١/ ١٤٦)، مختار الصحاح (ص ١٤٠)، لسان العرب (١/ ٤٥٥).

كونه معرفاً لحكم شرعي[1].

وقيل هو: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته[2].

ومن هذين التعريفين تتبين العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي،

وهي:

أن المعنى الاصطلاحي للسبب خصص عموم المعنى اللغوي له، فجعله ما يتوصل به إلى الحكم الشرعي[3].

وقد ذكرت هذين التعريفين لشهرتهما.

(١) الإحكام للآمدي (١/ ١١٧).

(٢) شرح الكوكب المنير (١/ ٤٤٥).

(٣) أسباب انحلال العقود المالية للعايد (١/ ٢٧).

المطلب الثاني

تعريف الفساد

الفساد في اللغة:

التلف والعطب والاضطرار والخلل والجدب والقحط[1].

يقال فسد الشيء فسوداً من باب قعد فهو فاسد. والجمع فَسْدَى، والاسم الفساد، والمفسد الضرر[2].

الفساد في اصطلاح الفقهاء في المعاملات هو:

(عدم ترتب الأثر المقصود من العقد)[3].

وعرفه الشيخ مصطفى الزرقاء: (بأنه اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ)[4].

والحاصل: أن الأصل في إفساد الشيء انتفاء صلاحه وتغييره تغييراً يخرجه عن حقيقته وعن الانتفاع به[5].

---

(١) المعجم الوسيط (٢/ ٦٨٨).

(٢) المصباح المنير (/ ٣٨٤).

(٣) ينظر شرح الكوكب المنير (١/ ٤٧٣)، ومذكرة الشنقيطي (ص ٨٦).

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ٧٣٩).

(٥) فساد المعاملات التجارية للدكتورة السيدة عبدالمنعم (ص ٥١).

المبحث الأول

فساد العقد بالجهالة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الجهالة.

المطلب الثاني: انواع الجهالة.

المطلب الأول

تعريف الجهالة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الجهالة لغة:

من جهلت الشيء جهلاً وجهالة خلاف علمته[1]، والجهالة أن تفعل فعلاً بغير علم[2].

الفرع الثاني: تعريف الجهالة اصطلاحاً:

هي: ما علم حصوله وجهلت صفته[3].

وقيل: ما لا يعلم حصوله من عدمه او صفته[4] أو أجله[5].

وجاء في الموسوعه الفقهية الكويتبية «أما إذا كان الجهل متعلقاً بخارج عن الإنسان كمبيع ومشتري، وإجارة وإعارة وغيرها، وكذا أركانها وشروطها، فإنهم في هذه الحالة غلبوا جانب الخارج، وهو الشيء المجهول، فوصفوه بالجهالة»[6].

---

(١) المصباح المنير (ص ١٠١).

(٢) لسان العرب (١١/ ١٢٩).

(٣) الفروق للقرافي (٣/ ٢٦٥).

(٤) المقصود بالصفة هنا: الجنس والنوع، والمقدار.

(٥) أثر الجهالة والضرورة في المعاملات المالية للدكتور محمد محمود (ص ٢٨).

(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٦/ ١٦٧).

المطلب الثاني

أنواع الجهالة

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الجهالة الفاحشة:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: مفهوم الجهالة الفاحشة:

وهي التي تمنع من صحة العقد، وتفضي إلى المنازعة، وتمنع التسليم والتسلم ويكون العقد معها عبثاً لخلوه عن العاقبة الحميدة(١).

المسألة الثانية: حكم الجهالة الفاحشة:

حكمها أنها مفسدة للعقد(٢).

المسألة الثالثة: الأمثلة عليها:

كما لو باع إنسان شاة غير معينة من قطيع غنم، فالبائع قد يريد إعطاء الرديئة من الغنم بحجة عدم التعيين، والمشتري قد يريد أخذ الجيدة لنفس الحجة أيضاً فيكون العقد فاسداً لأنه يؤدي إلى المنازعة بين أطراف التعاقد(٣).

---

(١) ينظر البدائع (٤/ ١٨١)، وفساد المعاملات التجارية للدكتورة السيدة عبدالمنعم (ص ١١٤).

(٢) ينظر المبسوط (١٣/ ٢).

(٣) أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني للدكتور محمد يوسف الزعبي (ص ١٣).

الفرع الثاني: الجهالة اليسيرة:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: مفهوم الجهالة اليسيرة:

وهي التي لا تؤدي إلى نزاع مشكل، ولا يفسد بها البيع؛ لأن هذه الجهالة لا تمنع من حصول المقصود وهو التسلم والتسليم[1].

المسألة الثانية: حكم الجهالة اليسيرة:

حكمها: أنها لا تمنع في العقد استحساناً[2] ولا تؤدي إلى فساده[3].

المسألة الثالثة: الأمثلة عليها:

كما لو باع الإنسان كل ما في صندوقه أو في بيته دون معرفه ما فيه فيصح العقد لأن المبيع، وإن كان مجهولاً، هو معين بالذات بحد حاصر له متفق عليه وهو الصندوق أو البيت[4].

الفرع الثالث: الجهالة المتوسطة:

وهي ما كانت دون الفاحشة وفوق اليسيرة، وقد اختلف العلماء فيها هل تلحق بالمرتبة الأولى أو الثانية[5].

---

(١) ينظر المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ٧٤٢)، وأثر الجهالة والضرورة في المعاملات المالية للدكتور محمد المحمد (ص ٢٩).

(٢) فساد المعاملات التجارية للدكتور السيدة عبدالمنعم (ص ١١٥).

(٣) أسباب فساد العقد بين العقد الحنفي القانون المدني الأردني للدكتور محمد الزعبي (ص ١٣).

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ٧٤٢).

(٥) ينظر الفروق للقرافي (٣/ ٢٧١، ٢٧٢)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٦/ ١٦٩)، وأثر الجهالة والضرورة في المعاملات المالية (ص ٢٩).

وسبب اختلافهم فيها أنها لارتفاعها عن الجهالة اليسيرة الحقت بالجهالة الفاحشة ولانحطاطها عن الفاحشة الحقت باليسيرة[1].

وبعد فإن هذا التقسيم يدل على أن الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى المنازعة بين الأطراف هي سبب من أسباب فساد العقد عن الحنفية، وسبب من أسباب البطلان عند غيرهم. وإن هذه الجهالة المفسدة للعقد إنما ترجع غالباً إلى أربع جهات:

١ ـ الجهالة في المعقود عليه (محل العقد): كجهالة المبيع في عقد البيع أو المأجور في الإجارة، أو الـمُصَالَح عنه في الصلح، وهكذا.

٢ ـ جهالة العوض أي الثمن في عقود المعاوضات المالية: كجهالة الثمن في عقد البيع، وجهالة البدل المصالح عليه في عقد الصلح.

٣ ـ جهالة الآجال في كل ما يجري فيه أجل ملزم: كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الإجارة وجهالة موعد استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع.

٤ ـ جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد: كما لو اشترط البائع على المشترى تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل. فيجب أن يكون الكفيل والرهن معينيين، والافسد البيع[2].

---

(١) ينظر الفروق للقرافي (٣/ ٢٦٦).

(٢) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ٧٤٣).

ولكن! ما هو المُحَكِّم في بيان نوع الجهالة؟

العرف هو المحكم في بيان نوع الجهالة: يسيرة أو فاحشة. فإذا لم يبين مثلاً جنس الحيوان أو لم يبين «ماركة» المذياع أو آلة التصوير، يعد المبيع مجهولاً جهالة فاحشة تمنع من صحة العقد على بيعه، إذ تؤدي حتماً إلى نزاع شديد بين المتعاقدين[1].

(١) الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٤٤١).

المبحث الثاني

فساد العقد بالغرر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الغرر.

المطلب الثاني: انواع الغرر.

المطلب الأول

تعريف الغرر

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الغرر لغة:

الغرر في اللغة: الخطر، والتغرير حمل النفس على الغرر، يقال غرر بنفسه وماله تغريراً وتغرة عرضها للهلكة من غير أن يعرف، والاسم الغرر[1].

الفرع الثاني: تعريف الغرر اصطلاحاً:

الغرر في الاصطلاح: ما يكون مستور العاقبة[2].

وهو من أفضل التعريفات وأجمعها للفروع الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر، مع قلة كلماته[3].

(١) القاموس المحيط (ص ٤٤٩)، والمصباح المنير (٣٦٢).

(٢) المبسوط (١٣/ ٦٨)، ينظر الغرر وأثره في العقود (ص ٣٤).

(٣) ينظر: الغرر وأثره في العقود (ص ٣٤).

المطلب الثاني

أنواع الغرر

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الغرر الكثير «المؤثر في العقد»:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: مفهومه «ضابطه»:

هو ما كان غالباً في العقد حتى صار العقد يوصف به[1].

وقيل «هو الغرر المؤثر»[2].

المسألة الثانية: حكمه:

يقول النووى (وأجمعوا على بطلان بيع الأجنة في البطون: والطير في الهوا)[3]. وإذا كان الغرر في أصل المعقود عليه فهذا يوجب بطلان العقد[4]، لنهيه ﷺ عن بيع الغرر[5].

المسألة الثالثة: الأمثلة على الغرر المؤثر في صحة العقد:

١ ـ بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها.

---

(١) المنتقى شرح الموطأ (١/ ٤١).

(٢) الغرر وأثره في العقود للضرير (ص ٥٩٢).

(٣) الشرح النووي على مسلم (١٠/ ١٥٦).

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ٧٤٤).

(٥) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصان والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم (١٥١٣).

٢ ـ بيع حبل الحبلة (هو بيع نتاج ما تنتج الناقة)[1].

٣ ـ بيع الملاقيح (وهي ما في بطون النوق من الأجنة)[2].

الفرع الثاني: الغرر اليسير «غير المؤثر في العقد»:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: مفهومه (ضابطه):

(هو ما لا يكاد يخلو منه عقد)[3].

المسألة الثانية: حكمه:

يقول النووي: (الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، فأما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر، وكشراء الشاة التي في ضرعها لبن ونحو ذلك، فهذا يصح بالإجماع)[4].

ويقول ابن تيمية: (ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه)[5].

---

(١) ينظر حاشية الجمل (٥/ ٤٦٦).

(٢) المصدر نفسه (٥/ ٤٦٩).

(٣) المنتقى شرح الموطأ (١/ ٤١).

(٤) المجموع (٩/ ٢٤٦).

(٥) القواعد النورانية (ص ١٨٠).

وأما الغرر إذا كان تابعاً للمقصود بالعقد فإنه لا يؤثر في صحة العقد[1].

المسألة الثالثة: الأمثلة على الغرر اليسير:

١ ـ بيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس.

٢ ـ وكشراء الشاة في ضرعها لبن[2].

(١) الغرر وأثر في العقود، للضرير (ص ٥٩٤).

(٢) ينظر المجموع (٩/ ٢٤٦)، والقواعد النورانية (ص ١٨٠).

المبحث الثالث

فساد العقد بالإكراه

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الإكراه.

المطلب الثاني: أنواع الإكراه.

المطلب الأول

تعريف الإكراه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الإكراه لغة:

الإكراة لغة: (حمل الغير على ما يكرهه قهراً)[1].

الفرع الثاني: تعريف الإكراه اصطلاحاً:

الإكراه اصطلاحاً هو: «حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، بحيث لا يختار مباشرته لو خُلِّيَ ونفسه»[2].

وقد عرفه صاحب الدر المختار بقوله: (هو فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه)[3][4].

---

(١) المصباح المنير (ص ٤٣٣).

(٢) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية لنزيه حماد (ص ٧٧).

(٣) الدر المختار (٥/ ٤٢٠).

(٤) هذه التعاريف لم تشتمل على الترك إلا أن صاحب معجم لغة الفقهاء ذكر تعريفاً اشتمل على الفعل وعلى الترك فقال: الإكراه هو «حمل إنسان على فعل أو على امتناع عن فعل بغير رضاه بغير حق» (ص ٥٨).

المطلب الثاني

أنواع الإكراه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الإكراه الملجئ «الكامل» وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مفهومه:

هو «الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار كأن يهدد بقتل أو قطع عضو أو بإتلاف جميع المال أو بقتل من يهم الإنسان أمره»[1].

المسألة الثانية: حكمه:

أنه يعدم الرضاء ويوجب الإلجاء ويفسد الاختيار دون أن يعدمه[2].

الفرع الثاني: الإكراه غير الملجئ «القاصر» وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مفهومه:

هو: «الذي يكون بما لا يفوت النفس أو بعض الأعضاء، كالحبس لمدة قصيرة والضرب الذي لا يخشى معه الموت أو تلف شيء من الأعضاء»[3].

---

(١) ينظر البحر الرائق (٨/ ٧٩)، معجم المصطلحات المالية الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيد حماد (ص ٧٩)، وأثر الإكراه في المعاملات المالية للدكتور محمد المحمد (ص ١٩١).

(٢) المصادر نفسها.

(٣) ينظر البحر الرائق (٨/ ٧٩، ٨٠)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد(ص ٧٩، ٨٠).

المسألة الثانية: حكمه:

أنه يعدم الرضاء لكنه لا يفسد الأختيار ولا يوجب الإلجاء، لعدم اضطرار المكره إلى إتيان ما أكره عليه، لتمكنه من الصبر على تحمل ما هُدِدَ به، بخلاف القسم الأول[1].

(١) ينظر البحر الرائق (٨/ ٧٩، ٨٠)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد(ص ٧٩، ٨٠).

المبحث الرابع

فساد العقد بالشرط المفسد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المراد بالشرط المفسد للعقد.

المطلب الثاني: أنواع الشروط المفسد للعقد.

المطلب الأول

المراد بالشرط المفسد للعقد

هو أن يأتي الشرط في العقد مخالفاً وغير موافق لمقتضاه؛ ولأن كل عقد له أحكامه الأساسية وآثاره التي تترتب بمجرد تمام انعقاده ولا تحتاج أن تكون الآثار مشروطة في العقد؛ لأن العقد يقتضيها ولو لم يشرطها أحد العاقدين فلو شرط في العقد ما يخالف ويعارض أحكامه الأساسية كان الشرط مفسد للعقد[1].

وقيل: «الضابط في تمييز الشرط المفسد الذي يفسد العقد عن الشرط الذي لا يفسده، أن الأول هو ما كان فيه مبادلة مال بمال»[2].

وسيأتي زيادة بيان عند الحديث عن أنواع الشروط الفاسدة في المطلب الثاني.

(١) التحول في الأشياء والتصرفات والعقود وأثره في الحكم الشرعي (٢/ ٣٢٢، ٣٢٣).

(٢) نظرية العقد الموقوف لصلاح شوشاري (ص ٢٠).

المطلب الثاني

أنواع الشروط المفسدة للعقد

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الشرط المؤدي للغرر:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: مفهومه:

وهو بأن يكون المشروط مثلاً في المبيع وقت العقد شيئاً لا يمكن الوقوف على وجوده وعدمه في الحال[1].

المسألة الثانية: الأمثلة لهذا الشرط:

كمن اشترى سمسماً أو زيتوناً على أن فيها من الزيت كذا؛ أو بقرة على أنها حلوب. او اشترى ناقة على أنها حامل[2].

وروى الحسن عن أبي حنيفة – رحمه الله – أن اشتراط كون البقرة حلوبا أو الناقة حاملا أنه شرط جائز ، لأنها كونها حلوبة شرط زيادة صفه مرغوب فيها ، فأشبه شرط الطبخ في الجواري وكونها حاملاً بمنزلة شرط كون العبد كاتباً أو خياطاً ونحو ذلك. وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمة الله أنه لا يجوز وهو اختيار الكرخي ، ووجه أن هذا شرط زيادة ، فيجرى في وجودها غرر، وهو مجهول، وهو اللبن، فلا يصح شرطاً في البيع.

---

(١) الشرط الجزائي لليمني (ص ٨٦).

(٢) ينظر بدائع الصنائع (٥/ ١٦٨)، ونظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٢).

وكونها حلوبة، إن كان صفة لها، لكنها لا توصف به إلا بوجود اللبن، وفي وجوده غرر وجهالة فيتوجب فساد البيع[1].

المسألة الثالثة: الدليل على فساد هذا النوع من الشروط وإفساده للعقد.

أ ـ لأنه يؤدى إلى الجهالة والغرر وقد نهى ﷺ عن بيع الغرر[1].

ب ـ ولأن الجهالة والغرر يؤديان إلى المنازعة والاختلاف وكل شرط أدى إلى ذلك فهو فاسد مفسد للعقد[2].

الفرع الثاني: الشرط المحظور:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: مفهومه:

هو كل شرط يؤدي إلى وقوع أمر منهي عنه[3].

المسألة الثانية: الأمثلة لهذا الشرط:

كمن اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها؛ أو ديكاً على أنه مقاتل[4]؛ أو كان شرط ربا[5].

---

(١) ينظر المبسوط (١٣/ ٢٠) والبدائع (٥/ ١٦٨) وما بعدها.

(١) صحيح مسلم كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصان والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم (١٥١٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٦٨)، ونظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٢)، والشرط الجزائي لليمني (ص ٨٦).

(٣) ينظر: نظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٤)، بتصرف يسير.

(٤) فقد روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه «نهى عن التحريش بين البهائم» رواه أبو داود.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٦٩)، الشرط الجزائي لليمني (ص ٨٧).

المسألة الثالثة: العلة على فساد هذا النوع من الشروط إفساده للعقد:

أ ـ لأن هذا النوع من الشروط فاسد لأنه يتضمن صفات يُتَلَهى بها عادةً والتلهي محظور فكان هذا شرط منهياً عنه[1]. ولأن الشرط بهذا الصفة يهدف إلى تحقيق غرض غير مشروع، وكل ما يهدف إلى ذلك يَفْسِد ويُفْسد العقد[2].

وهذا منطقي؛ لأن التشريع يحمي هذا العقد، ويعمل على تحقق أغراضه بمجرد صدوره، فلا يعقل أن يحمي هذا التشريع التصرفات التي تهدمه، والتي تعمل على مخالفته[3].

الفرع الثالث: الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه إن كان من أهل الاستحقاق[4].

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: نماذج من الصور المختلفة لهذا النوع من الشرط:

١ ـ اشتراط ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين وأمثلته ما يلي:

أ ـ شرط يعود نفعه على البائع مثل: مالوباع داراً واشترط على المشتري أن يسكنها شهراً، أو باع شيئاً بشرط أن يقرضه المشتري.

ب ـ شرط يعود نفعه على المشتري: مثل لو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطه على أن يطحنها ـ إن لم يجر به عرف ـ أو اشترى منه سلعة على أن يقرضه البائع[5].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٦٩).

(٢) نظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٥).

(٣) نظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٥).

(٤) نظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٦).

(٥) الشرط الجزائي لليمنى (ص ٨٧).

٢ ـ اشتراط ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق وأمثلته ما يلي:

أ ـ كما لو باع جارية بشرط أن لا يبيعها، أو يهبها أو لا يخرجها عن ملكه[1].

ب ـ كما لو باع عبداً واشترط على المشتري أن يعتقه[2].

المسألة الثانية: الأدلة على فساد النوع من الشروط وافسادها للعقد، ما يلي:

١ ـ أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط[3] وهذا الحديث عام وشامل لكل بيع وشرط وقد أخذ المذهب به[4]، إلا أن شرطاً يقتضيه العقد، أو يلائم موجب العقد، أو ورد الشرع بجوازه وكان متعارفاً عليه فصار مخصوصاً عن قضية النهي[5].

٢ ـ أن النبي ﷺ «نهى عن صفقتين في صفقة»[6]. وهذا الشرط إن كان يقابله جزء من الثمن يكون إجازة في بيع، وإن لم يقابله جزء من الثمن يكون إعارة في بيع، وعلى كلا التقديرين يؤدي الشرط إلى اجتماع صفقتين في صفقه، وهو منهى عنه بهذا الحديث[7].

وهذه تقريباً الشروط التي إذا وجدت في العقد أفسدته.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧٠)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٤/ ٥٨).

(٢) نظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٧).

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤/ ٣٣٥)، وأنكره الإمام احمد ، وقال : لا يعرف مروياً في مسند واستغربه النووي كما في التلخيص (٣/ ١٢).

(٤) نظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٩).

(٥) المحيط البرهاني (٦/ ٤٢٠).

(٦) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٣٩٨).

(٧) نظرية الشرط للشاذلي (ص ٢٢٩، ٢٣٠).

الفصل الثالث

تصحيح العقود الفاسدة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: طرق تصحيح العقود الفاسدة.

المبحث الثاني: تطبيقات على تصحيح بعض العقود المعاصرة.

المبحث الأول

طرق تصحيح العقود الفاسدة

وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول: تصحيح العقد الفاسد للجهالة.

المطلب الثاني: تصحيح العقد الفاسد للغرر.

المطلب الثالث: تصحيح العقد الفاسد بسبب الإكراه.

المطلب الرابع: تصحيح العقد الفاسد بإسقاط الشرط الفاسد.

المطلب الخامس: تصحيح العقد الفاسد بسبب عدم القدرة على التسليم.

المطلب السادس: تصحيح العقد الفاسد بتحويله إلى عقد آخر.

المطلب السابع: تصحيح العاقد الفاسد بتقييد الإطلاق.

المطلب الثامن: تصحيح العقد الفاسد بتحويله إلى عقد آخر بسبب اقترانه بشرط.

المبحث الأول

طرق تصحيح العقود الفاسدة

لما وجدت أسباب الانعقاد في العقد الفاسد، كان له وجود شرعي، ولما طرأت صفة منهي عنها في العقد، لزم العاقدين فسخ الانعقاد.

إلا أنه أحياناً قد تزول ـ أو تزال ـ الصفة المؤثرة في العقد، وبها يكون العقد صحيحاً؛ لأن الفاسد لم يؤثر في أصول العقد من الأركان وإنما أثَّر في وصفه، فإذا زال الأثر صح العقد.

ونلحظ أن فقهاء الحنفية يضعون قاعدة عامة للعقد الفاسد وهي: أن سبب الفساد إذا زال ورفع تحول العقد إلى صحيح[1].

جاء في الاختيار: (وروى الكرخي عن أصحابنا أن سائر البياعات الفاسدة، تنقلب جائزة بحذف المفسد)[2].

ويقول الكاساني: (لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما إذا كان الفساد لجهالة الأجل، فأسقطاه يسقط ويبقى البيع المشروع)[3].

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦/ ٩٧)

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٦).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٠).

فالعقد الفاسد له أهمية كبرى في المذهب الحنفي، بل في العصر الحالي، وعليه فالعقد الفاسد قابل للتصحيح بإزالة أسباب فساده وتفصيل ذلك التصحيح وأنواعه يتضح من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

تصحيح العقد الفاسد للجهالة

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تصحيح العقد الفاسد للجهالة بالمبيع:

من الأمور الضرورية في البيع تسليم المبيع واستلامه والجهالة به تؤدي إلى عدم الالتزام بالتسليم والاستلام، وهذا مخالف لمقتضى العقد الذي شرع. وقد جاء في شرح المجلة: «فبيع المال المجهول الذي يؤدي إلى النزاع بين المتبايعين فاسد، كبيع شاة غير معينة من قطيع الغنم»[1].

فإذا فسد البيع لجهالة المبيع فإن فقهاء الحنفية يقولون يتحول العقد من الفاسد إلى صحيح، بإزالة الوصف المؤثر فيه، وخاصة إذا ارتفع الوصف المؤثر في المجلس.

ولتصحيح العقد الفاسد للجهالة بالمبيع طرق:

الطريقة الأولى: العلم بالمبيع عن طريق الإشارة:

فإذا كان المبيع مجهولاً لعدم تعيينه فسد العقد؛ إلا أنه إذا قام البائع بالإشارة للمبيع نفسه تعيّن، وأصبح معلوماً، فإذا عين الشاة أو الثوب، وتم التسلم والتسليم، فالجهالة قد ارتفعت وعاد العقد إلى أصله وهو الصحة والجواز عن طريق الإشارة[2].

---

(١) درر الحكام (١/ ١٥٣).

(٢) ينظر: التحول في الأشياء والتصرفات والعقود وأثره في الحكم الشرعي (١/ ٣٤٨)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٦٥).

الطريقة الثانية: العلم بالمبيع عن طريق الخواص التي تميزه عن غيره:

فلكل محل عقد خواص تميزه عن غيره ومنها ما يلي:

١ ـ بيان مقداره، بأن يقول: بعت كذا رطل حنطة أو شعير من الجنس الفلاني.

٢ ـ بيان حدوده، بأن يقول: بعت الأرض المحدودة بكذا وكذا.

٣ ـ بيان صفاته، بأن يقول: بعت البيت الذي اشتريته من فلان الذي فيه عدد الدور كذا ولونه كذا وصفاته كذا.

فعقد البيع إن كان فاسداً بسبب الجهالة فمع أحد المواصفات التي تميزه وتعينه عن غيره يكون صحيحاً؛ لأن الجهالة التي أثرت بالعقد قد زالت فلم يعد يوصف العقد بها، والحكم يدور مع سببه وجوداً وعدماً، فإذا وجدت الجهالة وجد الفساد، وإذا أزيلت الجهالة زال سبب الفساد وصح العقد[1].

الطريقة الثالثة: العلم بالمبيع عن طريق إضافته إلى نفس البائع:

فإذا قال البائع: قد بعت سيارتي التي في المكان الفلاني، فقد اجتمعت عندنا صفتان:

أحدهما: إضافة المبيع إلى البائع.

الثانية: بيان المكان الذي يوجد فيه المبيع.

فعليه يتعين المبيع ويكون معلوماً، أما إذا اقتصر على أحدهما فالأصح أنه بيع فاسد للجهالة القائمة به[2].

---

(١) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٥٣، ١٥٤).

(٢) المرجع نفسه (١/ ١٥٤).

فالطرق الثلاثة تلك لا تخلو من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن تذكر قبل العقد أو أثناءه فيصح المبيع للعلم بالمبيع وتعيينه.

الحالة الثانية: أن تذكر الطرق بعد تمام العقد وقبل انتهاء المجلس ففي هذه الحالة يكون العقد قد انتهى مع ملازمته الفساد، إلا أن مجلس العقد ما زال مستمراً لم ينقطع بعد، فبذكر أحد الطرق الماضية يكون العقد صحيحاً؛ إذا تم ذكرها في المجلس الذي وجد فيه العقد.

الحالة الثالثة: أن تذكر بعد انتهاء المجلس، فالبيع قد استقر فساده ولا يمكن تصحيحه[1].

الفرع الثاني: تصحيح العقد الفاسد للجهالة بالثمن:

الثمن أحد مقومات العقد عند الحنفية، ولا يتم العقد بدون ذكره، وقد اشترط فقهاء الحنفية للثمن شروطاً منها:

أن يكون معلوم القدر والوصف[2]، فجهالة الثمن أو وصفه مفسدة للعقد.

ومن المسائل التي يكون فيها الثمن مجهولاً، إذا قال: بعتك هذا الشيء برأس ماله أو بقيمته الحقيقية، أو بما اشترى به فلان، أو بما يقدره المثمنون، فالثمن في الكل مجهول وغير معلوم فيفسد العقد، لأن الإيجاب والقبول قد تم من غير تحديد للثمن فكانت الجهالة.

---

(١) ينظر: التحول في الأشياء والتصرفات والعقود وأثره في الحكم الشرعي (١/ ٣٥٠)، وطرق تصحيح العقد الفاسد للطنيجي (ص ١٧٢).

(٢) ينظر: شرح فتح القدير (٦/ ٢٦٠).

ولتصحيح العقد الفاسد للجهالة بالثمن طرق:

الطريقة الأولى: إذا تم تعيين القيمة الحقيقة:

إذا قام العاقدان ـ في المجلس وقبل التفرق ـ بتعيين أحد النقدين فإن الجهالة ترتفع وتزول ويصبح العقد صحيحاً بعد أن كان فاسداً.

الطريقة الثانية: إذا علم بما اشترى به فلان[1]:

كأن يقول اشتريتُ منك هذه السيارة بالقيمة التي اشتريت به هذه السيارة من فلان.

الطريقة الثالثة: إذا قام المثمنون بوضع السعر:

كل هذه الطرق التي ينتقل بها العقد من الفساد إلى الصحة تكون في مجلس العقد[2].

الفرع الثالث: تصحيح العقد الفاسد للجهالة بالأجل:

إذا حصل في العقد جهالة، سواء كانت الجهالة بعدم تحديد الأجل، أو كانت الجهالة بتحديد أجل لا يمكن معرفة حصوله كنزول المطر، أو قدوم فلان أو الحصاد فإن العقد فاسد وذلك لأن هذه الجهالة تؤدي إلى المنازعة الشديدة ما بين المتعاقدين.

فإذا ضرب العاقدان أجلاً مجهولاً في البيع أو الإجارة أو كل عقد يصح فيه الأجل، فسد العقد.

---

(١) ينظر: درر الحكام (١/ ١٨٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٥٨)، درر الحكام (١/ ٨٦).

ولتصحيح العقد الفاسد عند الحنفية للجهالة بالأجل طريقتان:

الطريقة الأولى: أن ترفع الجهالة في مجلس العقد قبل التفرق:

فالجمهور منهم يقولون بتحول العقد من فاسد إلى صحيح[1]، ولو أسقط الأجل قبل حلوله، صح أي: لو أسقط من له الأجل ـ المشتري ـ الأجل المفسد للبيع قبل الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج، انقلب البيع صحيحاً ـ لأن الفساد كان للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره، وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه[2].

الطريقة الثانية: أن ترفع الجهالة بعد التفرق من المجلس، ولكن قبل حلول الأجل، أو قبل فسخ العقد.

فجمهور الحنفية، يفرقون بين الجهالة اليسيرة حيث يتحول العقد الفاسد إلى صحيح برفع الجهالة اليسيرة وبين الجهالة الفاحشة فلا يتحول العقد، لأنه مستحق للفسخ[3].

الفرع الرابع: تصحيح العقد الفاسد للجهالة بوسائل التوثيق:

المسألة الأولى: تصحيح العقد الفاسد للجهالة بالرهن:

اشتراط الرهن في عقد البيع جائز، وذلك توثيقاً لحق البائع الذي لم يرض بالعقد إلا به؛ لأن الرهن يضمن البائع حقه؛ من خلال استيفاء الثمن عن طريق بيع المرهون.

---

(١) التحول في الأشياء والتصرفات والعقود (١/ ٣٥٦).

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٦/ ٩٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٨٧)، والبحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٧)، ودرر الحكام (١/ ١٩٦).

ولتصحيح العقد الفاسد للجهالة بالرهن طريقتان:

الطريقة الأولى: العلم بالرهن عن طريق التعيين والتسليم:

إذا اتفق العاقدان في مجلس العقد على تعيين الرهن بعد أن كان مجهولاً، وتم تعيينه في المجلس، صح العقد بعد فساده؛ لأن الجهالة المفضية للنزاع والمانعة من صحة العقد قد زالت فرجع العقد إلى أصله وهو الجواز والصحة[1].

الطريق الثاني: إذا قام المشتري بتسديد الثمن المضروب في العقد.

وجاء في المبسوط: (لو أوفاه الثمن صح العقد؛ لأن المُفسد قد زال قبل تقرره؛ لأن شرط الرهن للاستيفاء، وقد استوفاه حقيقة)[2].

والأصل في البيع دفع الثمن، وإذا تعذر الأصل يصار إلى الرهن، وقد جاءت القاعدة الفقهية إذا بطل الأصل يصار إلى البدل[3].

والعقد إنما صح بعد إزالة الفاسد الذي هو البدل بأكمله عن طريق دفع الثمن الذي هو الأصل، فسقط الرهن وصح العقد.

المسألة الثانية: تصحيح العقد الفاسد للجهالة بالكفيل:

ذهب الحنفية إلى اشتراط تعيين الكفيل، فإذا لم يعين الكفيل ـ بأن كان غائباً، أو حاضراً ولكن لم يعين ولم يحدد ـ فالعقد فاسد للجهالة الفاحشة في العقد؛ لأن اشتراط الكفيل جوِّز لتوثيق العقد، والتوثيق لا يحصل مع جهالة الكفيل، والجهالة به لا تحقق معنى

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧١)، البحر الرائق (٦/ ٩٢)، نظرية الشرط للشاذلي (صـ ٢٣٠).

(٢) المبسوط (١٣/ ١٩).

(٣) درر الحكام (١/ ٥٥)، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (صـ ٢٨٧).

التوثيق الذي شرع اشتراط الكفيل له ففسد العقد لجهالة الكفيل وعدم تحديده[1].

ولتصحيح العقد الفاسد للجهالة بالكفيل طرق:

الطريقة الأولى: تصحيحه بتعيين الكفيل:

إذا تم العقد ولم يعين الكفيل، وقام العاقدان بتعيينه في المجلس الذي حصل فيه العقد، تحول العقد إلى صحيح.

الطريقة الثانية: تصحيحه بتحديد الكفيل:

إذا تم العقد وكان الكفيل مجهولاً، فإذا حدد الكفيل في مجلس العقد تحول العقد إلى صحيح.

الطريقة الثالثة: تصحيحه إذا حضر الكفيل إذا كان غائباً:

إذا تم العقد بين العاقدين وعين الكفيل ولكنه غير موجود في المجلس فإن العقد يفسد فإذا حضر الكفيل بعد أن كان غائباً، فحضر في المجلس، وقبل العقد تحول العقد من فاسد إلى صحيح[2].

جاء في الهداية: (ولو كان غائباً ـ أي الكفيل ـ فحضر في المجلس وقبل صح)[3].

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧٢)، ونظرية الشرط للشاذلي (صـ ٢٣٠).

(٢) التحول في الأشياء والتصرفات في العقود (١/ ٣٦١).

(٣) الهداية وعليه شرح البناية (٤/ ١٣٩).

المطلب الثاني

تصحيح العقد الفاسد للغرر

ذكرت سابقاً أن الغرر أنواع، منها ما يؤثر في بطلان العقد، ومنها ما يؤثر في إفساده، والنهي الذي جاء به الشارع؛ إنما هـو الغـرر الـذي يـؤثر في العقـد، ويـورث تنازعـاً عنـد المتعاقدين، والذي يهمنا في هذا المطلب هو الغرر المؤثر فساداً في العقد، دون غيره.

ونلاحظ: أن الغرر قد يفسد العقد وحده، وقد يشاركه سبب آخر يؤثر في فساده مع الغرر، بأن تجتمع مع الغرر جهالة، أو شرط فاسد، أو عقد فيه ربا.

وقد يؤدي اجتماع الغرر مع الجهالة إلى فساد العقد.

مثل: أن يبيع غنماً إلا واحدة لم يسمها، فالغرر متحقق والجهالة كذلك[1].

كما أنه قد يجتمع الغرر مع الشرط الفاسد؛ لأن الشرط في ذاته، قد يكـون فيـه غـرر، فيفسد العقد بهما.

يقول الكاساني: (ومنها الخلو عن الـشروط الفاسـدة، وهـي أنـواع منهـا: شرط في وجوده غرر نحو ما إذا اشترط ناقة على أنها حامل، لأن المشروط يحتمـل الوجـود والعـدم فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع)[2].

كما أنه قد يكون الغرر مع الإكراه فيما إذا إكره على بيع فيه غرر، فاجتمع الغرر والإكـراه

(١) ينظر: الغرر وأثره في العقود للضرير (ص ٥٧٥).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٦٨).

في عقد واحد، ففسد العقد كما أنه قد يجتمع الغرر مع الضرر: فيما لو باع اللؤلؤ في الصدفة[1].

وقد يجتمع الغرر مع الربا، وذلك في عقد المزابنة: بأن يبيع الرطب على النخل بتمر مقطوع، أو العنب بالزبيب، فالعقد فاسد للغرر، وللربا[2].

وفي الصور الماضية كلها. نلحظ أن الغرر مقترن مع وصف آخر أو مع سبب آخر، أفسد العقد معاً.

أما إذا انفرد الغرر وحده تعلق بأصل العقد لأن الوجود والعدم متعلقان بأصل العقد، لا بالأوصاف وكل ما تعلق بأصل العقد فهو من باب الباطل لا من باب الفاسد وهذا ماسار عليه فقهاء الحنفية في ضربهم الأمثلة[3].

ولتصحيح العقد الفاسد للغرر طريقة واحدة وهي:

إنما يكون بإزالة المفسد الأخر الذي اجتمع معه؛ لأن الغرر إذا انفرد أبطل العقد، وإذا اجتمع مع سبب آخر مفسد للعقد، أفسد العقد معه؛ لأن الغرر تعلق بالسبب لا بالأصل، وإذا ارتفع السبب المفسد فإن الغرر المتعلق به يرتفع معه ويتحول العقد الفاسد إلى صحيح بارتفاع السبب مع الغرر[4]. والله أعلم.

---

(١) التحول في الأشياء التصرفات والعقود (١/ ١٦٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٧/ ١٨٦).

(٣) التحول في الأشياء والتصرفات والعقود (١/ ١٦٥).

(٤) ينظر: التحول في الأشياء والتصرفات والعقود (١/ ١٦٥).

المطلب الثالث

تصحيح العقد الفاسد بسبب الإكراه

يتفق جمهور الحنفية على تحول العقد بإزالة المفسد إلى صحيح، وكذلك يقال: إذا كان سبب العقد الفاسد الإكراه[1]، وإن اختلفت أحكامه، وذلك للقاعدة العامة في التحول: أنه متى أزيل الإكراه ووجد الرضا فقد صح العقد، سواء هذ الرضا حصل عند قبض المبيع، أو عند تسليم الثمن، أو بعد زوال الإكراه، وإجازة العقد.

والفساد الحاصل بسبب الإكراه له صورتان:

الصورة الأولى: إن كان المكره هو البائع، فلا يخلو الأمر من وجهين:

الوجه الأول: إذا وجد الإكراه على البيع فقط دون التسليم، أي عندما باع مكرهاً، ولما سلم، سلم طائعاً وراضياً. ففي هذا الوجه: يتحول العقد الفاسد إلى صحيح، لزوال الإكراه عند التسليم.

الوجه الثاني: أن يكون البائع مكرهاً على البيع والتسليم.

ولكن هذا الإكراه زال وارتفع بعد العقد فيتحول العقد الفاسد إلى صحيح[2].

الصورة الثانية: إذا أكره المشتري على الشراء فله الفسخ قبل القبض، وكذلك له الفسخ بعد القبض هذا إذا لم يرتفع الإكراه، فإن زال الإكراه فللمشتري الخيار بين الفسخ والإجازة.

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٤/ ٥٩).

(٢) ينظر: التحول في الأشياء والتصرفات والعقود (١/ ٣٧١، ٣٧٢).

وبالإجازة يتحول العقد الفاسد إلى صحيح لزوال السبب[1].

وقد اعتبر فقهاء الحنفية الإجازة من قبيل رفع الإكراه، يقول الكاساني: (والإجازة: إزالة الإكراه)[2].

فمعناه أن الإجازة هي الرضا ومتى وجدت بعد الإكراه فيتحول العقد الفاسد إلى صحيح.

ولتصحيح العقد الفاسد بسبب الإكراه طريقتان:

الطريقة الأولى: إزالة سبب فساد العقد، وهو الإكراه فمتى ارتفع الإكراه تحول العقد إلى صحيح.

الطريقة الثانية: إجازة العقد الفاسد. والله أعلم.

(١) ينظر: التحول في الأشياء والتصرفات والعقود (١/ ٣٧٨).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ١٨٨).

المطلب الرابع

تصحيح العقد الفاسد بإسقاط الشرط الفاسد

سبب فساد العقد بالشرط الفاسد يرجع لسببين.

الأول: وجود شبهة الربا.

وهذا يتحقق فيما لو شرط شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري؛ لأن الزيادة بدون مقابل ربا.

فالشرط الذي فيه نفع لأحد العاقدين فيه شبهة ربا.

وأي عقد ربوي فهو من البيوع الفاسدة عند الحنفية؛ إلا أن هذه الزيادة ـ أو الربا ـ تجري على قواعد المذهب في أن الفاسد إذا ارتفع تحول العقد بنفسه إلى صحيح[1].

فلو اتفق العاقدان على حذف الزيادة، أو مقابلة الزيادة بعوض في العقد، تحول العقد الفاسد إلى صحيح، لرفع المفسد[2].

فمثلاً: الربوي، إذا بيع بجنسه يشترط فيه التساوي أي المماثله والتقابض، والحلول.

فاجتمعت عندنا صورتان مفسدتان للعقد.

---

(١) التحول في الأشياء والتصرفات والعقود (١/ ٣٨١).

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية (٢٢/ ٦٠).

الصورة الأولى: عدم المماثلة:

وعدم المماثلة في عقد ربوي يؤدي إلى فساده، ويمكن تصحيح العقد عن طريقتين:

الطريقة الأولى: عن طريق زيادة النقص الموجود في العقد، فيتحول العقد الفاسد إلى صحيح.

الطريقة الثانية: عن طريق الأخذ من الزائد ويضع منه حتى يتساويا.

«وهذان الطريقان إذا حصلا في المجلس قبل تقرر الفساد، فإن العقد يتحول إلى صحيح لارتفاع المفسد»[1].

الصورة الثانية: عدم التأجيل.

شرط العقد الربوي، أن يكون خالياً من شرط الخيار أو شرط الأجل؛ لأنهما مخالفان للقبض في المجلس.

ومع هذا فقد ذهب جمهور الحنفية إلى أن المفسد ـ أي الأجل في العقد الربوي ـ إذا أزيل تحول العقد إلى صحيح ـ ذلك بشروط.

١ ـ أن تكون إزالة المفسد في المجلس، أي مجلس العقد.

٢ ـ أن تكون الإزالة بالتراضي من قبل العاقدين، أو ممن له خيار الشرط.

٣ ـ أن يتم ـ بعد رفع المفسد ـ القبض في المجلس.

فإذا تحققت هذه الشروط في إزالة المفسد تحول العقد من فاسد إلى صحيح.

يقول الكاساني ـ عند حديثه عن شروط الصرف ـ: (... ومنها أن يكون خالياً عن

---

(١) التحول في الأشياء والتصرفات والعقود (١/ ٣٨٢).

شرط الخيار، فإن شرط الخيار فيه لهما أو لأحدهما، فسد الصرف ـ العقد ـ لأن القبض في هذا العقد شرط بقائه على الصحة، وخيار العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض،ولوابطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق، ثم افتراقا عن تقابض، ينقلب إلى الجواز عندنا خلافاً لزفر)[1].

ويقول كذلك ـ عن اشتراط الأجل البيع الربوي ـ: (... فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل الافتراق فنقد ما عليه، ثم افترقا عن تقابض، ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر)[2].

السبب الثاني: أن الشرع لم يرد به، ولم يتعارف به بين الناس. ولم يرد الشرع بجوازه.

الشرط غير المتعارف عليه في البلدة وبين الناس، وجوده سبب لفساد العقد؛ لأنه شرط يؤدي إلى نزاع بين أصحاب العقد، وذلك لعدم التعارف عليه.

فالشرط الفاسد إذا عمل به ورضي به الناس وأخذوه بالتداول بينهم، فهذا الشرط المفسد يتحول به العقد الفاسد إلى صحيح بعد جريان عرف الناس له بالصحة.

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: (وبما أن عرف الناس مصحح للشروط التي يتعارفونها في نظر الفقهاء الحنفية، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً، إذا تعارفه الناس وشاع بينهم اشتراطه، وهذا توسع حسن في تصحيح الشروط قلما يبقى معه شرط فاسد)[3].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٩).

(٢) المصدر نفسه، وينظر: البحر الرائق (٦/ ٢٠٩).

(٣) عقد البيع لمصطفى الزرقاء (ص٣٩)، وينظر المدخل الفقهي لمصطفى الزرقاء (٢/ ٩٢٤).

والضابط في العرف الذي إذا تعارف الناس به تحول العقد الفاسد إلى صحيح: (هو العرف الذي لم يخالف نصاً صريحاً بالتحريم والنهي عنه؛ لأن العرف متى خالف نصاً، فالنص المقتضي للتحريم وإفساد العقد مقدم على العرف)[1].

فتصحيح العقد الفاسد بالشرط الفاسد يكون عن طريق واحد وهو عن طريق التعارف، وجرى التعامل بالشرط بين الناس وهذه الطريقه التي يصحح فيها العقد، كأنها إزالة للشرط الفاسد؛ لأن الشرط الفاسد يؤدى إلى التنازع ويفسد العقد.

وهكذا يؤدي التعارف إلى انتفاء الخصومة الناشئة عن الشرط الفاسد، ومتى زالت الخصومة تحول العقد الفاسد إلى صحيح.

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي للزرقاء (١/ ٩٢٥).

المطلب الخامس

تصحيح العقد الفاسد بسبب عدم القدرة على التسليم

عدم القدرة على تسليم المبيع عقد باطل باتفاق الفقهاء[1]، وذلك لكونه خارجاً عن يد البائع كالطير في الهواء، أو السمك في الماء أو البعير الشارد، فإذا وقع فلا يمكن تصحيحه.

أما عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر من قبل البائع فهو عقد فاسد عند الحنفية «لأن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد تسليم المعقود عليه، فأما ما وراءه فلا»[2]. بمعنى أن الضرر هنا: هو الذي يظهر وقت تسليم البائع المبيع، فلا يمكن للبائع أن يسلم المبيع إلا إذا ألحق ضرراً بما يملك.

مثاله: إذا باع للمشتري الجذع الذي في الجدار، وتم العقد على ذلك الجذع المثبت في الجدار، أو كان قيام الجدار عليه، فإذا أراد البائع تسليم ما عقد عليه ـ أي تسليم محل العقد ـ يلزم منه هدم الجدار وتحطيمه، والهدم والتحطيم يلحق بصاحبه ضرراً.

فعدم القدرة على التسليم لوجود الضرر سبب لفساد العقد عند الحنفية[3]، يقول ـ ابن الهمام[4] ـ عند ذكره وتعداده البيوع الفاسدة: (منها وجذع في سقف، وذراع من ثوب؛

(١) ينظر الكافي لابن قدامة (٢ ١١)، المجموع (٩/ ٢٤٦)، الكافي لابن عبد البر (١/ ٣٦٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٦٨).

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٦/ ٧٥).

(٤) هو: كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود، فقيه، حنفي، أهم مصنفاته: «فتح القدير»، «شرح الهداية» (ت ٨٦١ هـ)، الأعلام (٦/ ٨١).

لأنه لا يمكن التسليم إلا بضرر)[1].

ولتصحيح العقد الفاسد بسبب عدم القدرة على التسليم لابد من توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يسلم البائع قبل فسخ المشتري[2]، لأنه لو فسخ أحدهما العقد، لكان العقد باطلاً، والباطل لا يترتب عليه أي أثر من الآثار. فلا يُلْزم الفاسخ بالعقد، ولا يلزم المشتري باستلام المبيع؛ لأنه قد رفع العقد بأكمله، أما إذا لم يفسخ العقد، وقام بتسليم المبيع تحول العقد إلى صحيح.

الشرط الثاني: أن يكون في التسليم ضرر مؤكد منه، ومُلْحق بأحد العاقدين، كأن يتضرر البائع بهدمه للحائط، أو بقطعه للثوب، وتسليمه للمشتري، إلا أن البائع رضي بهذا الضرر[3].

الشرط الثالث: أن يكون المعقود عليه معيناً، بأن يقول: بعتك هذا الجذع الموجود في الجدار[4].

فإذا تمت هذه الشروط تحول العقد الفاسد إلى صحيح. وذلك لأن المذهب يسير على القاعدة التي وضعها في جميع العقود الفاسدة بأنها تتحول إلى صحيحة بعد إزالة وارتفاع الفاسد: أي الضرر.

---

(١) شرح فتح القدير (٦/ ٤١٣).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٤، ٢٥).

(٣) التحول في الأشياء والتصرفات والعقود (١/ ٣٩٠).

(٤) المصدر نفسه.

يقول ابن نجيم[1]: (فلو قطع البائع الذراع، أو قلع الجذع قبل فسخ المشتري، عاد صحيحاً لزوال المفسد)[2].

(١) هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه، وأصولي حنفي، كان عالماً محققاً (ت ٩٧٠ هـ)، من تصانيفه: «البحر الرائق شرح كنز الدقائق» وغيرها، الأعلام للزركلي (٣/ ١٠٤).

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦/ ٨٢).

المطلب السادس

تصحيح العقد الفاسد بتحويله إلى عقد آخر

قد يعتري العقد المراد إبرامه من قبل المتعاقدين بعض الإشكالات والملاحظات، مما يؤدي في إمضائه إلى بعض المحظورات والمخالفات الشرعية، ولكن يمكن أن يصحح هـذا العقد بتحويله إلى عقد آخر سليم من هذه الإشكالات.

وأصل هذه المسألة هي القاعدة الفقهيـة «العـبرة في العقـود للمقاصـد والمعـاني، لا للإلفاظ والمباني»[1].

أو «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها»[2].

وقد ذكر الفقهاء جملة من المسائل صححوا فيها العقد الفاسد بحمله إلى عقد آخـر، ومن ذلك:

١ـ **مسألة:** لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول فهو إقالة بلفظ البيع»[3]،

لأننا لو اعتبرنا اللفظ ـ وهو البيع ـ لم يصح؛ لأنه وقع على بيع المبيع قبل قبضه وهـو بيع فاسد، وإن اعتبرنا المعنى إقالة، فهي إقالة صحيحة؛ لأن العقد شمل على جميـع عنـاصر الإقالة[4].

---

(١) القواعد للبركتي، ص (٩١).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص (٣٠٤).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص (٣٠٧).

(٤) طرق تصحيح العقد الفاسد ص (١٨١).

٢ ـ **مسألة**: جعل الدراهم والدنانير مسلماً فيه، وجعل رأس مال السلم من العروض كالثياب والحبوب، فهذا لايصح سلماً بالاتفاق؛ لأن المسلم فيه لابد أن يكون مثمناً والنقود أثمان فلا تكون مسلماً فيها، وهل يمكن تصحيح هذا العقد بجعله بيعاً في الثياب والحبوب بثمن مؤجل؟

الذي رجحه صاحب فتح القدير هو أن العقد لا يفسد بل يجعل هذا العقد بيعاً تصحيحاً للعقد[1].

٣ـ **مسألة**: فيمن قال لشخص ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة، فلو حملنا العقد على أنه مساقاة فإنها فاسدة، إذ أن المساقاة لا تكون بالدراهم، وإنما بما يخرج من الثمر، فيحمل هذا العقد على الإجارة تصحيحاً للعقد[2].

ولا يخفى على المتأمل مدى ارتباط هذه المسائل بموضوع القاعدة المذكورة[3].

---

(١) شرح فتح القدير (٧/ ٧٢).

(٢) ينظر: المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٢٧٢،٢٧٣)، وطرق تصحيح العقد الفاسد ص (١٨١).

(٣) ينظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية (١/ ٥٢٧).

المطلب السابع

تصحيح العقد الفاسد بتقييد الإطلاق

إذا كان العقد المطلق الذي أبرمه العاقدان يتخلله الفساد بسبب هذا الإطلاق، فإنه يقيد بما يزيل هذا الفساد تصحيحاً للعقد، وقد ذكر الفقهاء جملة من المسائل صححوا فيها العقد المطلق ومثال ذلك:

١ـ لو قال رب المال خذ هذا المال وضارب به على أن لك شركاً في الربح، فالشِرك هنا مطلق لأنه يحمل معنيين:

الأول: بمعنى النصيب، قال تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾[1]، أي نصيب، وتقييد اللفظ بهذا القيد يؤدي إلى فساد المضاربة لجهالة النصيب مما يؤدي إلى جهالة الربح.

الثاني: بمعنى الشركة، يقال: شركته في هذا الأمر أشركه شركة وشركاً[2].

فلأجل تصحيح العقد الفاسد يقيد لفظ «شِركاً» بالمعنى الثاني «الشراكة» تصحيحاً للعقد.

٢ـ إذا صالح الدائن المدين على بعض جنسه، كما لو كان للدائن على المدين ألف دينار فصالحه على تسعمائة منها فإن الصلح هنا مطلق ويدور بين معنيين:[3].

الأول: المعاوضة.

---

(١) سورة فاطر، الآية (٤٠).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٨٥).

(٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣/ ٤٣٣).

الثاني: الإسقاط.

فيقيد لفظ الصلح بالمعنى الثاني وهو الإسقاط؛ لأن فيه تصحيحاً للعقد، ولا يقيد الصلح بالمعاوضة، لأن ذلك يؤدي إلى فساد الصلح لاشتماله على الربا[1].

وجاء في شرح المادة (١٥٥٢) من المجلة: «إذا كان المصالح عليه أزيد، وأحسن من حق الصالح قدراً ووصفاً أو قدراً فقط، أو وصفاً فقط، وكان الإحسان من الدائن فقط فيكون الصلح الواقع إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه»[2].

فلأجل تصحيح العقد الفاسد، فإنه يقيد لفظ (الصلح) بالمعنى الثاني (الإسقاط) تصحيحاً للعقد.

٣ ـ لو أوصى بطبل وله طبل لهو، وطبل يحل الانتفاع به كطبل حرب وهو ما يضرب به للتهويل أو ما يضرب به للإعلام بنزول أو ارتحال، فَتُقَيَّد الوصية وتحمل على الطبل الذي يحل الانتفاع به وذلك تصحيحاً للعقد، إذ الظاهر أنه يقصد الثواب وهو فيما تصح الوصية به[3].

---

(١) تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص (٣٥٨).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/ ٤٢).

(٣) المنثور في القواعد للزركشي (١/ ١٨٣).

المطلب الثامن

تصحيح العقد الفاسد بتحويله إلى عقد آخر بسبب اقترانه بشرط

الشروط المقترنة بالعقد هي:

ما يضعه الناس بعضهم على بعض في عقودهم، وتصرفاتهم من التزامات زائدة تعدل أثار العقد أو التصرف[1]، وهي على أقسام[2]، والمقصود بالشرط هنا هو الشرط المخالف لمقتضى العقد؛ لأن اقترانه بالعقد يجعله فاسداً.

مثاله: لو شرط صاحب المال في عقد المضاربة أن يكون الربح كله له، أو اشترط العامل أن الربح كله له، فإن هذين الشرطين مفسدان لعقد المضاربة ولتصحيح هذا العقد المقترن بهذا الشرط طريقة واحدة وهي:

تحويله إلى عقد آخر. ففي المثال السابق إما أن يتحول عقد المضاربة بالشرط الأول وهو «شرط صاحب المال بأن يكون الربح كله» إلى إبضاع[3]، أو إلى قرض بوجود الشرط الثاني وهو «شرط العامل أن يكون الربح كله له».

قال صاحب الهداية: (الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه

(١) الشرط الجزائي لليمني، ص (٦٧). بتصرف يسير.

(٢) تميز المذهب الحنفي بتقسيم الشروط إلى صحيحة وفاسدة وباطلة، وأما غيره من المذاهب فقسمها إلى صحيحة وباطلة.

(٣) هو اتجار ببضاعة للمالك ربحها والعامل وكيل متبرع. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (١٥).

للمضارب كان قرضاً)[1].

فتصحيح عقد المضاربة الذي فسد لوجود شرط مخالف لمقتضى العقد نوعان:

الأول: تحول عقد المضاربة الفاسد إلى عقد إبضاع صحيح.

الثاني: تحول عقد المضاربة الفاسد إلى عقد قرض صحيح. والله أعلم.

(١) الهداية شرح البداية (٣/ ٢٠٢).

المبحث الثاني

تطبيقات على تصحيح بعض العقود المعاصرة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تصحيح عقد التأجير المنتهي بالتمليك.

المطلب الثاني: تصحيح عقد التورق المصرفي.

المطلب الثالث: تصحيح عقد المرابحة للآمر بالشراء.

المطلب الأول

تصحيح عقد التأجير المنتهي بالتمليك

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف التأجير المنتهي بالتمليك:

لا يوجد ضمن العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد باسم (الإيجار المنتهي بالتمليك) أو (البيع الإيجاري)، كما لا توجد حقيقة مشابهة له، ضمن العقود المعروفة فيه[1]، وهو من العقود المعاصرة التي ظهر التعامل بها حديثاً، وكتب فيها البحوث والفتاوى؛ لبيان حكمها الشرعي، من قبل هيئات الفتوى، والمجامع الفقهية، والبحوث والرسائل العلمية وغيرها.

وكثير ممن كتب في هذا العقد اعتنى ببيان صوره وتكييفه الفقهي دون التركيز على استخلاص تعريف له[2].

وفي المقابل عُرّف هذا العقد بتعريفات من أبرزها ما يأتي:

١ ـ «تمليك المنفعة ، ثم تمليك العين نفسها في آخر المدة»[3].

٢ ـ «تمليك منفعة معلومة ، مدة معلومة ، يتبعه تمليك للعين على صفة معلومة،

(١) البيع بالتقسيط وأحكامه للتركي، (١٩٣).

(٢) العقود المالية المركبة للعمراني (١٩٣).

(٣) الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي ص (٢٦١٢).

مقابل عوض معلوم»[1].

٣ ـ «عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد»[2].

الفرع الثاني: صور التأجير المنتهي بالتمليك:

للإيجار المنتهي بالتمليك صور متعددة، أبرزها وأكثرها استعمالاً ثلاث صور، فيما يلي عرض لها:

الصورة الأولى: وفيها يصاغ العقد على أنه عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة بعد أداء جميع أقساط الإيجار، وتنتقل الملكية تلقائياً بأداء آخر قسط من هذه الأقساط، دون دفع ثمن آخر لنقل الملكية[3].

الصورة الثانية: وفيها يصاغ العقد على أنه إجارة لمدة محددة، على أن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل مبلغ محدد[4].

ففي هذه الصورة يحدد الطرفان ثمناً رمزياً للشيء المؤجر، يدفعه المستأجر في نهاية المدة لكي يتملك العين المؤجرة، والذي يدل على أن الثمن المدفوع في نهاية المدة إنما هو ثمن رمزي : أنه روعي في أقساط الإيجار أنها تعادل في مجموعها ثمن السلعة في نهاية المدة ، كما

---

(١) التأجير المنتهي بالتمليك للدخيل ص (١٩).

(٢) الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي للحافي، ص (٦٠).

(٣) الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي، ص (٢٦١٥).

(٤) بيع التقسيط وأحكامه للتركي، ص (١٩٦).

أن الثمن المدفوع في نهاية المدة قليل جداً بالمقارنة مع ثمن المثل[1].

الصورة الثالثة: وفيها يصاغ العقد على أنه عقد إجارة، وفي نهاية المدة يكون للمستأجر الخيار بين ثلاثة أمور:

الأول: مدُّ مدة الإيجار لزمن آخر.

الثاني: تملك العين المؤجرة، مقابل ثمن حقيقي.

الثالث: إعادة العين المؤجرة إلى مالكها.

ويلاحظ هنا أن أقساط الإيجار في هذه الصورة متناسبة مع أجرة المثل، والثمن الذي به ينتقل الملك إلى المستأجر نهاية المدة يعادل القيمة الحقيقية للعين. بعكس الصورة الثانية حيث كان الثمن رمزياً، وأقساط الإجارة كانت مرتفعة بما يتناسب مع البيع لا الإيجار[2].

وهذه الصورة هي إحدى الصورتين التي اقترحها مجمع الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث: حكم عقد التأجير المنتهي بالتمليك:

وبعد هذا العرض لأبرز صور الإيجار المنتهي بالتمليك، فإن هذا العقد بصوره الحالية لا ينفك غالب تطبيقاته عن جملة من المتناقضات والمخالفات الشرعية التي لا يمكن معها القول بجوازه بصورته الحالية ومن ذلك:

١ـ أن الأجرة المدفوعة في هذا العقد أكثر من أجرة المثل، لأن النية متجهة منذ البداية إلى البيع، فتكون الأقساط متناسبة مع ثمن البيع فهي جزء من الثمن، وتسمى مع

---

(١) الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي، ص (٢٦١٥).

(٢) بيع التقسيط وأحكامه للتركي، ص (١٩٧).

ذلك أجرة. يبرز التناقض بصورة أوضح عندما يتم فسخ العقد، حيث يعتبر ما دفع من الثمن أقساط إيجار، مع أنه روعي عند تقديرها أن تكون جزءاً من الأجرة[1].

٢ـ عدم إمكان تحديد نوعية العقد حتى يمكن ترتيب آثاره عليه هل هو عقد بيع أو عقد إجارة؟ وذلك للاختلاف بين مقتضى البيع ومقتضى الإجارة، ولكل منهما أحكام تخصه. ووجه التناقض هنا: أن الأصل في ضمان العين المستأجرة أنه على المالك، ومع ذلك فهي تجعل هذا العقد من ضمان المستأجر وهو ما لا يتوافق مع عقد الإجارة[2].

٣ ـ وجود الغرر والمخاطرة في هذا العقد، فإن المستأجر قد يعسر عليه آخر قسط أو جملة من الأقساط فينتهي بذلك العقد، مع أنه قد دفع أقساطاً لا تتناسب مع الإجارة، بل هي متناسبة مع قيمة المبيع، ولا يعاد له ما زاد عن قسط الإجارة، فيكون بعجزه وعسره قد خسر الثمن والمثمن دون مقابل[3].

الفرع الرابع : طرق تصحيح عقد التأجير المنتهي بالتمليك:

تقدم أن الإيجار المنتهي بالتمليك بصوره المذكورة لا يخلو من بعض المخالفات الشرعية. وإن من أهم المسؤوليات على طلبة العلم عند بيان أحكام المعاملات: محاولة البحث عن الطرق الصحيحة التي يستغني بها الناس عن التعامل بالمحظور وتبعدهم عن الوقوع فيه وهي سنة نبوية كريمة كما في حديث تمر خيبر وغيره.

انطلاقاً من هذا الواجب واتباعاً لهذه السنة جاءت طرق لتصحيح هذا العقد

(١) مناقشة بحوث الإيجار المنتهي بالتمليك لسامي حمود، ص (٢٧٢٤).

(٢) مناقشة بحوث الإيجار المنتهي بالتمليك لمختار السلامي، ص (٢٧٣١).

(٣) الإيجار الذي ينتهي بالتمليك لابن بيه، ص(٢٦٦٩).

بصورته الموجودة وسأكتفي بما أرى أنه أنسب الطرق.

الطريقة الأول: البيع بالتقسيط، مع أخذ الضمانات الكافية على المشتري بأداء الثمن. وهذا أحد الطرق التي قدمها مجمع الفقه الإسلامي[1].

الطريقة الثاني: أن يبيعه السلعة بيعاً باتاً ينتقل فيه الملك إلى المشتري مباشرة، ويترتب عليه جميع آثاره من غنم وغرم ولكن يقوم البائع باشتراط عدم تصرف المشتري في المبيع تصرفاً قد يضر البائع إلا بعد أداء جميع الثمن[2].

(١) مجلة المجمع، (ع٥ ج ٤)، ص (٢٧٦٣).

(٢) ينظر: الإيجار الذي ينتهي بالتمليك لابن بيه، ص (٢١٧٤)، و الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي، ص (٢٦٤٠،٢٦٤٧)، ومناقشة بحوث الإيجار المنتهي بالتمليك للضرير (٢٧٣٤).

المطلب الثاني

تصحيح عقد التورق المصرفي

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: تعريفه:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف التورق:

التورق لغة: مأخوذ من الورق والدراهم المضروبة من الفضة أو المال من الدراهم، ويجمع على أوراق، وسميت بذلك لأن مشتري السلعة يبيعها بالورق، فإن مقصوده الحصول على الورق لا السلعة والمراد بالورق النقود على اختلاف أنواعها[1].

التورق اصطلاحاً: أن يشتري شخص سلعة إلى أجل، ثم يبيعها على غير بائعها نقداً ليتوسع بثمنها[2].

المسألة الثانية: تعريف المصرف:

جمع مصرف: مصارف.

والصرف في اللغة: يطلق على معان منها: رد الشيء عن وجهه، والحيلة، وفضل الدرهم على الدرهم وبيع الذهب بالفضة[3].

---

(١) ينظر : لسان العرب (١٠/ ٣٧٤)، القاموس المحيط ص (٩٢٨)، المصباح المنير ص(٥٣٨).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٦).

(٣) لسان العرب (٩/ ١٨٩).

والصرَّاف: من يبدل نقداً بنقدٍ، والصرافة: مهنة الصراف.

والمصرف: مكان الصرف، وبه سمي البنك مصرفاً[1].

الفرع الثاني: أنـواعـه:

المصارف الإسلامية تجري نوعين من عقود التورق:

النوع الأول: التورق الحقيقي:

عرفه المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بأنه: شراء سلعة في حوزة البائع وملكه بثمن مؤجل، ثم يبيع المشتري بنقد لغير البائع للحصول على النقد (الورق)[2].

النوع الثاني: التورق المصرفي «المنظم»:

عرفه المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بأنه: قيام المصرف بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة (ليست من الذهب أو الفضة) من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف ـ إما يشترط في العقد أو بحكم العرف أو العادة ـ بأن ينوب عنه في بيعها على مشترٍ آخر بثمن حاضر وتسليم ثمنها للمستورق[3].

---

(١) المعجم الوسيط (١/ ٥١٣).

(٢) الدورة الخامسة عشر القرار الخامس، رجب ١٤١٩ هـ.

(٣) الدورة السابعة عشر، القرار الثاني، شوال ١٤٢٤ هـ.

الفرع الثالث: الفرق بين التورق الحقيقي والتورق المصرفي المنظم:

هناك فروق أساسية بين التورق الحقيقي (الفردي) والتورق المصرفي المنظم، جعلت هذه الفروق، الحكم يختلف بينهما ونلخصها فيما يلي:

١ـ التورق الحقيقي تتم فيه المعاملة بصورة بسيطة تلقائية تحرك الفرد فيها حاجته وتنصب على البضاعة الحقيقية التي بالأسواق.

أما في التورق المصرفي المنظم، فهو نظام مركب منظم يحتاج إلى إجراءات معينة، وعقود مقننة، وله إجراءات ووثائق وسلع محددة في أسواق دولية معينة.

٢ـ المستورق في التورق الحقيقي هو الذي يشتري السلعة وهو الذي يبيعها والبائع لا علاقة له ببيع السلعة مطلقاً، ولا بمن سيشتريها ممن اشتراها منه.

أما في التورق المصرفي المنظم فإن البائع وهو البنك أو المؤسسة هو الذي يتوسط في بيع السلعة بنقد لصالح المستورق بموجب توكيل بعد أن يشتريها له.

٣ـ إن المبلغ الناتج عن البيع في التورق الحقيقي يقبضه المستورق من المشتري للسلعة ولا علاقة للبائع الأول بالأمر، أما في التورق المنظم فالبائع هو الذي يسلم النقود للمستورق ويسدد المستورق آجلاً المبلغ بالزيادة.

٤ـ في التورق الحقيقي لا علاقة للبائع بهدف المشتري، أما في التورق المصرفي فهناك تفاهم مسبق بين الطرفين على أن الشراء بأجل إنما هدفه الوصول للنقد من خلال البيع الحال اللاحق.

٥ـ الاتفاق المسبق بكتابة عقود أمر ظاهر وشرط أساسي في التورق المصرفي أما في الفردي فلا.

٦ـ أطراف التورق الفردي ثلاثة: المستورق والبائع للسلعة والمشتري لها من المستورق بعقدين منفصلين تماماً، وفي التورق المصرفي فإن عدد الأطراف أربعة المصرف والعميل طالب التورق والبائع الأول للسلعة والمشتري النهائي للسلعة، فالمصرف لا يملك السلعة ابتداء، وإنما يشتريها بناء على طلب العميل (المستورق) ثم يبيعها له بثمن مؤجل، ثم ينوب عنه في بيعها مرة ثانية لطرف رابع بثمن نقدي أقل من ثمن الشراء[1].

الفرع الرابع: صور من التورق المصرفي:

التورق الذي يتم عن طريق البنك له صور متعددة وسأذكر ثلاث صور شهيرة لهذا التورق.

الصورة الأولى: التورق في مرابحات السلع الدولية مع مؤسسات مالية. وهو أن تشتري المصارف الإسلامية نقداً وتبيع بالأجل مع زيادة البيع الآجل عن البيع الحال، والمشتري من المصرف الإسلامي: مؤسسة مالية تجارية، وهذا في الواقع بعيداً عن التورق[2].

الصورة الثانية: أن يشتري البنك سلعة ويتملكها ثم يبيعها للعملاء بالتقسيط مع إمكان العميل توكيل البنك لإعادة بيع السلعة نيابة عنهم، وقيد ثمنها في حساباتهم والعميل لم يقبض السلعة، ولم يرها وهو غير مهتم بها غالباً وإنما غرضه النقود[3].

---

(١) ينظر التورق والتورق المنظم للدكتور/ سامي سويلم ص (٣)، وحكم التورق الذي تجريه البنوك، د. يوسف الشبيلي على موقعه بتصرف شديد، والتورق المنظم للدكتور محمد البناء، ص (٢٦،٢٥).

(٢) التورق، حقيقته، أنواعه للدكتور وهبة الزحيلي، ص (١١).

(٣) التورق المنظم للدكتور محمد البناء، ص (٣١).

الصورة الثالثة: اللجوء إلى التورق لتسديد العملاء مديونياتهم لدى المصارف التقليدية، ومضمونه أن المصرف الذي يقدم التمويل للعميل يقوم بقلب الدين الذي على العميل من قرض ربوي إلى دين آخر ينشأ عن طريق التورق[1].

ومن خلال عرض هذه الصور يتبين أنها تفتقد أساس التورق في صورته الحقيقية «القديمة» وهو قبض السلعة قبضاً حقيقياً أو حكمياً، ليقوم متملكها ببيعها، فلا يجوز هذا التورق حتى عند العلماء الذين أجازوا التورق فتكون هذه الصور وأمثالها مجرد قرض ربوي، من غير وجود سلعة أصلاً[2].

الفرع الخامس: طريقة تصحيح عقد التورق المصرفي:

يكون عقد التورق المصرفي صحيحاً إذا تحققت فيه الضوابط التالية:

١ـ حيازة السلعة، فيجب أن تكون السلعة موجودة بالفعل ولا يكفي صك الحيازة في المخازن الدولية، وصحيح أنه يمكن شراء العين موصوفة، ولكن البنك هنا أيضاً يأخذ مواصفات ويشتري ويبيع على أساسها دون قبض.

٢ـ ألا يبيع العميل السلعة التي اشتراها من البنك إلا بعد قبضها القبض المعتبر شرعاً.

٣ـ أن يبيع العميل السلعة لجهة لم تكن طرفاً في تحويلها له سواء كان الممول الأول أو الثاني لئلا يقع في العينة المحرمة شرعاً. فعلى هذا لو توسط مصرف في شراء سلعة من

---

(١) التورق، حقيقته، أنواعه للدكتور وهبة الزحيلي، ص(١٢).

(٢) المصدر السابق.

مؤسسة ممولة وباعها للعميل بالتقسيط فلا يجوز له بيعها إلى الجهة الممولة الأولى.

٤ـ لا مانع من توكيل العميل البنك ليبيع تلك السلعة نيابة عنه إلى جهة ليست طرفاً في الصفقة التي يجري فيها التورق بشرط أن لا يكون البيع إلى العميل مشروطاً بتوكيله وأن تقع بعد توقيع عقد الصفقة مع البنك[١].

٥ـ أن يكون محتاجاً، وألا يتمكن من الحصول على المال بطرق مباحة كالقرض.

٦ـ وألا يشمل العقد على ما يشبه صورة الربا كأن يقول بعتك إياها العشرة أحد عشر[٢].

وقبل العمل بهذه الضوابط يجب القول بأن التورق لا يجوز شرعاً لأنه خروج عن العملية المصرفية الإسلامية وتحايل على الربا.

(١) التورق حقيقته، أنواعه للأستاذ الدكتور/ إبراهيم فاضل الدبو، ص(٣،٤).

(٢) رسائل فقهية للشيخ محمد بن عثيمين، ص (١٠٧).

المطلب الثالث

تصحيح عقد المرابحة للآمر بالشراء

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد المرابحة للآمر بالشراء:

بيع المرابحة للأمر بالشراء: اصطلاح حديث ظهر منذ فترة وجيزة وقد شاع استعمال هذا الاصطلاح لدى البنوك الإسلامية والشركات التي تتعامل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وعرفه العلماء المعاصرون بعدة تعريفات منها:

١ـ «أن يتقدم العميل إلى المصرف طالباً منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلاً مرابحة بالنسبة التي يتفقان عليها ويدفع الثمن مقسطاً حسب إمكانياته»[1].

٢ـ «أن يتقدم الراغب في شراء السلعة إلى المصرف لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقداً ولأن البائع لا يبيعها له إلى أجل إما لعدم مزاولته للبيوع المؤجلة أو لعدم معرفته بالمشتري أو لحاجته إلى المال النقدي فيشتريها المصرف بثمن نقدي ويبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى»[2].

٣ـ «يتفق البنك والعميل على أن يقوم البنك بشراء البضاعة ويلتزم العميل على أن

---

(١) تطوير الأعمال المصرفية (ص ٤٣٢)، لسامي حمود بتصرف يسير.

(٢) بيع المرابحة للأمر بالشراء للدكتور رفيق/ المصري، ص (١١٣٣)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥ ج ٢).

يقوم بشراء البضاعة ويلتزم العميل أن يشتريها من البنك بعد ذلك، ويلتزم البنك بأن يبيعها له وذلك بسعر عاجل أو بسعر آجل تحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً»[1].

الفرع الثاني: صور عقد المرابحة للآمر بالشراء:

المصارف الإسلامية تتعامل بثلاث صور لبيع المرابحة للآمر بالشراء:

الصورة الأولى: المواعدة الملزمة بالاتفاق بين الطرفين مع ذكر مقدار الربح.

وذلك بأن يذهب العميل إلى المصرف طالباً منه شراء سلعة معينة بالوصف ويتفقان على أن يقوم المصرف ملتزماً بشراء السلعة ، ويلتزم العميل بشرائها من المصرف، ويلتزم المصرف ببيعها للعميل بثمن اتفقا عليه مقداراً، وأجلاً، وربحاً[2].

وهذه هي الصورة المشهورة، وهي التي ينصرف إليها مصطلح المرابحة للآمر بالشراء.

الصورة الثانية: المواعدة غير الملزمة للطرفين:

وذلك بأن يرغب العميل شراء سلعة بعينها ، فيذهب إلى المصرف، ويحصل بينهما تواعد من العميل بالشراء، ومن المصرف بالبيع، وهذا الوعد يعتبر اتفاقاً، كما أنه وعد غير ملزم لأي من الطرفين[3].

---

(١) بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية للدكتور الأشقر، ص(٦).

(٢) ينظر المرابحة للأمر بالشراء لبكر أبو زيد ص (٩٧٧)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد (٥ ج ٢)، وبيع المرابحة لأحمد ملحم ص (٧٩).

(٣) ينظر: المرجعان السابقان.

الصورة الثالثة: وهي مثل الصورتين السابقتين إلا أنها تقوم على أساس الإلزام بالوعد لأحد الطرفين العميل أو المصرف(1).

الفرع الثالث: حكم عقد المرابحة للآمر بالشراء:

وبعد عرض أبرز صور عقد المرابحة للآمر بالشراء فإن هذا البيع بصوره الحالية لا ينفك في غالب تطبيقاته عن جملة من المتناقضات والمخالفات الشرعية التي لا يمكن معه القول بجوازه بصورته الحالية ومنها:

١ـ أن الإلزام بالوعد على الشراء قبل امتلاك البائع محل الشراء، يدخل في النهي عن بيع ما لا يملك(2).

٢ـ أن هذا العقد من باب الحيلة على الربا، فحقيقة العقد: بيع نقد بنقدٍ أكثر منه إلى أجل، بينهما سلعة محللة(3).

الفرع الرابع: طريقة تصحيح عقد المرابحة للآمر بالشراء:

تقدم أن عقد المرابحة للآمر بالشراء بصوره المذكورة لا يخلو من بعض المخالفات الشرعية، ولتصحيح هذا العقد بصورته الموجودة طريقتين:

الطريقة الأولى: أن يكون الوعد غير ملزم، لأنه إذا كان ملزماً فهو اتفاق، وهذا

---

(١) بيع المرابحة لأحمد ملحم، ص (١١١٢ ـ ١١٣)

(٢) ينظر: المرابحة للآمر بالشراء لبكر أبو زيد، ص (٩٨٤، ٩٨٨)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع ٥ ج ٢)، والمرابحة للآمر بالشراء للضرير ص (٩٩٧) مجلة المجمع الفقه الإسلامي (ع٥ج٢).

(٣) ينظر: المرابحة للآمر بالشراء لبكر أبو زيد، ص (٩٨٦) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع ٥ ج ٢)، وبيع المرابحة للأشقر، ص (٨).

الاتفاق في الحقيقة عقد وهو عقد باطل محرم لأن المصرف حينئذ يكون باع للعميل ما لا يملك[1]، وبهذا أفتى الشيخ عبد العزيز بن باز في تحريمه المعاملة مع الوعد الملزم، وجوازها مع الوعد غير الملزم[2].

الطريقة الثانية: أن يكون هناك خيار كما أشار إلى ذلك الإمام الشافعي «وإذا رأى الرجل الرجل السلعة، فقال: اشتر هذه، وأربحك فيها كذا فاشتراها الرجل، فالشراء جائز، والذي قال أربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه»[3].

أي إن الإمام الشافعي أجاز هذه الصورة بشرط وجود الخيار للعميل بين إبرام البيع أو تركه، وكذلك الخيار للبائع فلا يكون هناك وعد ملزم للطرفين[4].

---

(١) ينظر: العقود المالية المركبة للعمراني، ص (٢٨٤)، بتصرف.

(٢) بيع المرابحة للأشقر، ص (٥٥،٥٤).

(٣) الأم (٣/ ٣٩).

(٤) المعاملات المالية المعاصرة وهبة الزحيلي، ص (٦٩).

الخاتمة

بعد الانتهاء بفضل الله تعالى من إعداد هذا البحث، أختمه بتدوين أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي كالتالي:

١-تصحيح العقود مطلوب شرعاً إذا كان التصحيح ممكناً تتوفر فيه شروطه وطرقه الشرعية.

٢-يلتقي التصحيح مع تحول العقد وانتقاصه وإجازته في الهدف والغاية، ويختلف عنها في الوسائل والأحكام.

٣-ليس كل تصحيح مقبولاً شرعاً، فالتصحيح المعتبر شرعاً هو ما توفرت فيه شروطه، وأدى إلى ارتفاع المفسد حقيقة وحكماً.

٤-للعلماء في تعريف العقد الفاسد اتجاهان: أحدهما للجمهور حيث تصب تعريفاتهم في مجملها على عدم حصول الغرض والغاية من الفعل. وأما الاتجاه الآخر وهو للحنفية حيث عرفوه بأنه ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. وقد ترتب على الاختلاف في التعريف اختلاف في الفروع الفقهية.

٥-أساس الاختلاف بين الجمهور والحنفية في مسألة تصحيح العقد الفاسد هو في النهي الوارد عن الشارع هل يقتضي فساد المنهي عنه؟ ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم؟

٦-تصحيح العقد الفاسد مدار خلاف بين الجمهور والحنفية والذي يراه الباحث هو تصحيح العقد الفاسد بقدر الإمكان ذلك أنه موافق لأصول الشريعة

وقواعدها.

٧-لتصحيح العقد الفاسد طرق كثيرة ذكرها الفقهاء وتدور في مجملها حول إزالة أسباب الفساد.

٨-يمكن استنباط طرق جديدة تبعاً لتغير العقود وفق ما يستجد فيها من متغيرات.

٩-التصحيح لا يكون إلا في مجلس العقد أمّا إذا انتهى المجلس بالتفرق فلا يمكن تصحيح العقد.

١٠- أسباب الفساد هي:

أ- الجهالة.

ب- الشرط المفسد.

ج- الإكراه .

د- الغرر.

فمتى اتصل عقد بأي منها فسد.

١١- رفع الحرج عن الناس وعن المجتمع: وهذا واضح من خلال تحول العقد الفاسد إلى عقد صحيح، فإن إلغاء كل العقود الفاسدة فيه حرج شديد واقعٌ بالناس وخاصة أنه كثر التعامل بالربا أو بغيره. فمن باب رفع الحرج جعل الشارع مجالاً لتصحيح العقود.

التوصيات:

١-القيام بدراسة هذا الموضوع في رسالة علمية تستوعب جميع جوانبه، تفصيلاً وتدليلاً وتعليلاً وتقعيداً وما كان هذا البحث إلا توطئة، وتمهيداً لغيره، نظراً لطبيعة البحث التكميلي.

٢-أن تأخذ البنوك الربوية بمبدأ التصحيح وتستفيد من الأحكام التي طُرقت في البحث وذلك لتتحول من البنوك الربوية إلى بنوك إسلامية خالية من الربا المنهي عنه وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ [البقرة: ٢٧٨].

هذا وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.


الفهـــارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

فهرس الأعـــــلام

فهرس المراجع والمصادر

١- أثر الجهالة والضرورة في المعاملات المالية، للدكتور محمد محمود سليمان المحمد، نشر مكتبة الصحابة، الإمارات – الشارقة، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ.

٢- الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي لخالد بن عبد الله الحافي، الطبعة الثانية ١٤٢١ هـ.

٣- أحكام القرآن للجصاص، نشر: دار إحياء التراث العربي، تحقيق/ محمد الصادق قمحاوي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ.

٤- أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي للدكتور محمد زكي عبد البر، نشر: دار الثقافة، قطر الطبعة الأولى.

٥- أحكام المعاملات لعلي الخفيف، نشر دار الفكر

٦- أحكام المقبوض بعقد فاسد وتطبيقاته، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء ١٤٢٧ هـ للطالب عبد المجيد صالح المنصور.

٧- الإحكام في أصول الأحكام للأمدي، نشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية. تحقيق العلامة الشيخ/ عبد الرازق عفيفي .

٨- الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، الطبعة ا لثالثة ١٤٢٦ هـ.

٩- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول للإمام محمد بن علي الشوكاني ت ١٢٥٠، تحقيق: أحمد عز وعناية، نشر: دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ.

١٠- أسباب انحلال العقود المالية للدكتور / عبد الرحمن العايد، نشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٣هـ.

١١- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ت ٩١١، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي، نشر: دار الكتاب العربي، بيروت، ط الثالثة ١٤١٧ هـ

١٢- الأشباه والنظائر لابن نجيم، نشر: دار الفكر، تحقيق محمد مطيع الحافظ.

١٣- الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق الدكتور عبدالله التركي، طبعة دار هجر.

١٤- إعانة الطالبين حاشية على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين لأبي بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

١٥- الأعلام لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية.

١٦- اقتضاء الصراط المستقيم لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، نشر: مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، تحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة ا لثانية ١٣٦٩ هـ.

١٧- أقسام العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية قسم الدراسات العليا فرع الفقه وأصوله «شعبة الفقه» إعداد الطالبة حنان بنت محمد جستينه عام ١٤١٨ هـ.

١٨- الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ت ٢٠٤، نشر دار المعرفة،

بيروت، لبنان، ١٣٩٣ هـ.

١٩- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلي بن سليمان المرداوي، نشر: دار إحياء التراث العربي، تحقيق محمد حامد الفقي.

٢٠- الإيجار المنتهي بالتمليك، لحسن الشاذلي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمرات الإسلامي في دورته الخامسة المنعقد بالكويت ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ منشورة في مجلة المجمع العدد الخامس الجزء الرابع.

٢١- الإيجار المنتهي بالتمليك، لعبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمرات الإسلامي في دورته الخامسة المنعقد بالكويت ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ منشورة في مجلة المجمع العدد الخامس الجزء الرابع.

٢٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم ت ٩٧٠ هـ، نشر: دار المعرفة، الطبعة الثالثة ١٤١٣ هـ.

٢٣- بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية عن البيوع الضارة، رمضان حافظ، نشر: دار السلام.

٢٤- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية ١٤٢٩هـ.

٢٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الطاساني، ت ٥٨٧ هـ، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

٢٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي،

نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، تنقيح وتصحيح خالد العطار، الطبعة ١٤١٠ هـ.

٢٧- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين أبو الثناء محمود عبد الرحمن بن أحمد الأصفاني، نشر: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، تحقيق: الدكتور محمد مظهر بقا، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

٢٨- بيع التقسيط وأحكامه، للتركي، نشر: دار إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٢٩- بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، للدكتور محمدبن سليمان الأشقر، نشر: دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ.

٣٠- بيع المرابحة للآمر بالشراء للدكتور سامي حمود، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة الخامسة ١٤٠٩ هـ.

٣١- بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، لأحمد سالم ملحم، نشر: مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.

٣٢- التأجير المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي للدخيل، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في المعهد العالي للقضاء ١٤١٨ هـ.

٣٣- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للشيخ فخر الدين بن عثمان الزيلحي ت ٧٤٣، نشر دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية.

٣٤- التحول وأثره في الأشياء والتصرفات والعقود وأثره في الحكم الشرعي، لعلي ابن إبراهيم الراشد، وهي عبارة عن رسالة ماجستير مقدمة لكلية دار العلوم قسم الشريعة في جامعة القاهرة.

٣٥- التحول وأثره في الفقه الإسلامي للدكتور عبد القادر الحفظي. وهي عبارة عن رسالة دكتوراة في المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٥ هـ.

٣٦- تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد ياسين الغزالة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون عدد ٣٩١ – رجب ١٤٣٠ هـ، يوليو ٢٠٠٩م.

٣٧- التعريفات للجرجاني علي بن محمد بن علي، نشر: دار الكتاب العربي، تحقيق: إبراهيم الأبياري، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ.

٣٨- تقرير القواعد وتحرير الفوائد للإمام الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، ت ٧٩٥، نشر: دار ابن عفان. ضبط نصه وعلق عليه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه أبو عبيدة مشهور بن حسن السلمان.

٣٩- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق لجنة من العلماء، وزارة الأوقاف المغربية، المغرب.

٤٠- التورق المنظم للدكتور / محمد البنا، كما تجريه المصارف الإسلامية ونوافذها في أوربا دراسة فقهية مقارنة «المكتبة المصورة».

٤١- التورق حقيقته، أنواعه، للدكتور وهبه الزحيلي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة التاسعة عشرة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

٤٢- التورق والتورق المنظم، دراسة تأصيلية للدكتور: سامي بن إبراهيم السويلم، بحث مقدم للدورة السابعة عشر للمجمع الفقه الإسلامي.

٤٣- التورق، حقيقته، أنواعه للدكتور / إبراهيم فاضل الدبو، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة دولة الأمارات العربية المتحدة.

٤٤- تيسير التحرير، شرح كتاب التحرير في أصول الفقه، لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه، نشر: دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.

٤٥- حاشية ابن القيم على سنن أبي داود لمحمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ.

٤٦- حاشية على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين، نشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٤٧- الحاوي في فقه الشافعية للعلامة أبي الحسن ا الماوردي، نشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.

٤٨- الحكم الشرعي، حقيقته – أركانه – شروطه – أ قسامه، للدكتور/ يعقوب الباحسين، نشر: مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٣١ هـ.

٤٩- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تحقيق وتهذيب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العربية.

٥٠- الدرر السنية في الأجوبة النجدية، جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السادسة ١٤١٧ هـ .

٥١- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحيى الدين النووي ت ٦٧٦، نشر: دار الكتب العلمية، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود – علي محمد معوض.

٥٢- سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي نشر: دار الفكر، تحقيق: محمد محيى الدين عبد الحميد.

٥٣- سير أعلام النبلاء للإمام محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: ٧٤٨ هـ، تحقيق وإشراف شعيب الأرنؤط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة ١٤١٣ هـ.

٥٤- شرح تحفة أهل الطلب للدكتور عبد الكريم اللاحم، نشر: كنوز أشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧ هـ.

٥٥- شرح صحيح مسلم، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ت ٦٧٦، نشر: إحياء التراث العربي، بيروت، ط الثانية ١٣٩٢ هـ.

٥٦- شرح العضد على ابن الحاجب، لزين الدين المعروف بالعضد العجمي الحنفي، نشر: دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ.

٥٧- شرح فتح القدير، لجمال الدين محمد بن عبد الواجد السواسي، نشر: دار الفكر، بيروت.

٥٨- شرح القواعد الفقهية، لأحمد الزرقاء، بقلم مصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة السابعة، نشر: دار القلم.

٥٩- الشرح الكبير على مختصر خليل لأبي البركات، أحمد بن محمد بن أحمد الدرديرت ١٢٠١ هـ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، نشر: دار الفكر.

٦٠- شرح الكوكب المنير لمحمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار،

تحقيق محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي – جامعة أم القرى، ط سنة ١٤٠٢هـ، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية في المملكة العربية السعودية.

٦١- شرح المحلي على جمع الجوامع (مطبوع مع حاشية البناني) لشمس الدين محمد علي، نشر دار الفكر، الطبعة (بدون) ١٤٠٢ هـ.

٦٢- شرح مختصر الروضة، لنجم الدين أبي سليمان بن عبد القوي الطوفي، ت ٧١٦، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، ط الأولى ١٤١٠ هـ.

٦٣- شرح منتهى الإرادات، للشيخ منصور بن يونس البهوتي، ت (١٠٥١)، نشر: عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.

٦٤- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة للدكتور/ محمد اليمني، نشر: كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧ هـ.

٦٥- صحيح البخاري للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ت ٢٥٦، نشر: دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ط الثالثة ١٤٠٧ هـ.

٦٦- صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ت ٢٦١، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٦٧- صيغ العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور/ صالح بن عبد العزيز الغليقة، نشر: كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧ هـ.

٦٨- ضوابط العقود للدكتور عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة القاهرة، الطبعة الأولى.

٦٩- طرق تصحيح العقد الفاسد للدكتور إبراهيم علي الطنياجي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون عدد ٣١ – رجب ١٤٢٨هـ - يوليو ٢٠٠٧م، جامعة الإمارات.

٧٠- عقد المقاولة للدكتور / عبد الرحمن العايد، نشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤٢٥ هـ.

٧١- العقود المالية المركبة، للدكتور العمراني، نشر: كنوز بإشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٧٢- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور الضرير، دار الجيل، بيروت، الدار السودانية للكتب، الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ.

٧٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت ٨٥٢، تحقيق: محب الدين الخطيب، وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار الفكر، مصور عن الطبعة السلفية.

٧٤- فساد المعاملات التجارية للدكتورة السيدة عبد المنعم البرعي، نشر دار الفكر الجامعي، مصر: الأسكندرية، الطبعة الأولى ١٢٠٧ م.

٧٥- الفروق للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الضهاجي الشهير بالقرافي ت ٩٨٤، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

٧٦- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور / وهبة الزحيلي، نشر: دار الفكر، الطبعة

العاشرة ١٤٢٨هـ

٧٧- القاموس المحيط لمجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي ، نشر: مؤسسة الرسالة، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، الطبعة السادسة ١٤١٩ هـ.

٧٨- القواعد النونية الفقهية، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، ت (٧٢٨)، تحقيق أحمد الخليل، دار ابن الجوزي الطبعة الثانية ١٤٢٨ هـ.

٧٩- القواعد والفوائد الأصولية للإمام أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلي المعروف باسم اللحام ت ٨٠٣، نشر المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، حققه عبد الكريم الفضلي، الطبعة الثانية ١٤٢٠ هـ.

٨٠- القوانين الفقهية للشيخ أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي ت (٧٤١) تحقيق عبد الكريم الفضلي، نشر المكتبة العصرية.

٨١- الكافي في فقه الإمام أ حمد بن حنبل، لعبد الله بن قدامة المقدسي، نشر: المكتب الإسلامي .

٨٢- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.

٨٣- كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس البهوتي ت (١٠٥١)، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي مصطفى، نشر دار الفكر، بيروت، لبنان ١٤٢ هـ.

٨٤- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، للإمام علاء الدين عبد

العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، نشر: دار الكتاب العربي، ط الأولى، ١٤١١ هـ.

٨٥- لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، نشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.

٨٦- المبسوط، للشيخ شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي ت ٤٩٠، دار المعرفة.

٨٧- مجلة الأحكام العدلية، نشر: نور محمد، الطبعة مصورة عن طبعة قديمة.

٨٨- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكيبولي المدعو بشيخي زاده، نشر: دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، تحقيق خليل عمران منصور سنة النشر: ١٤١٩ هـ.

٨٩- المجموع شرح المهذب لأبي زكرياء، محيى الدين يحيى بن شرف النووي ت ٦٢٣، دار الفكر.

٩٠- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ت ٧٢٨، جمع وترتيب الشيخ عبد الرحمن بن قاسم العاصمي، ت ١٣٩٢، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، ١٤١٢ هـ.

٩١- المحصول في علم أصول الفقه للإمام محمد بن عمر الرازي، ت ٦٠٦، دراسة وتحقيق الدكتور طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٢ هـ.

٩٢- المحيط البرهاني، لمحمود بن أحمد الصدر الشهيد البخاري برهان الدين مازه،

نشر: دار إحياء التراث العربي.

٩٣- مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، نشر: المكتبة العصرية صيدا، بيروت، اعتنى بها الأستاذ يوسف الشيخ محمد، الطبعة الرابعة ١٤١٨هـ.

٩٤- المدخل الفقهي العام، للدكتور مصطفى أحمد الزرقاء ونشر دار القلم، مشق، الطبعة الثانية.

٩٥- مذكرة أصول الفقه للشيخ / الشنقيطي ت ١٣٩٣، نشر: دار اليقين، تحقيق وتعليق أبي حفص سامي العربي، الطبعة ا الأولى ١٤١٩هـ.

٩٦- المرابحة للآمر بالشراء، الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد – رحمه الله –، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الدورة الخامسة، ١٤٠٩ هـ.

٩٧- المرابحة للآمر بالشراء، للضرير ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدور الخامسة ١٤٠٩هـ.

٩٨- المسند للإمام أحمد، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان.

٩٩- مصادر الحق في الفقه الإسلامي لعبد الرازق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة ١٩٩٨م.

١٠٠- المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي، اعتنى به عادل مرشد.

١٠١- المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور وهبة الزحيلي، نشر: دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.

١٠٢- المعجم الأوسط لأبي القاسم سليمان بن أحمد، نشر: دار الحرمين، القاهرة ١٤٠٥ هـ، تحقيق طارق عوض الله بن محمد.

١٠٣- معجم لغة الفقهاء للدكتور قلعة جي والدكتور حامد صادق قينبي، نشر: دار النفائس، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.

١٠٤- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور / نزيه حماد، نشر: دار القلم، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ.

١٠٥- المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وزملائه، الناشر: دار الدعوة، تحقيق مجمع اللغة العربية.

١٠٦- المغني لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ت ٦٢٠، نشر: دار الفكر. الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ.

١٠٧- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر.

١٠٨- المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق صفوان عدنان داوودي، نشر: دار القلم، الطبعة الثالثة ١٤٢٣ هـ.

١٠٩- مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، نشر: اتحاد الكتاب العربي، تحقيق عبد السلام هارون، ط ١٤٢٣ هـ.

١١٠- الملكية ونظرية العقد لمحمد أبي زهرة، نشر: دار الفكر.

١١١- المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، نشر: مطبعة

السعادة ١٣٣٢ هـ.

١١٢- المنثور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر الشافعي الزركشي ت ٧٩٤، تحقيق: تيسير فائق أحمد، مراجعة عبد الستار أبو غدة، نشر: وزارة الشؤون الإسلامية، بالكويت ١٤٠٢ هـ.

١١٣- منظومة أصول الفقه لابن عثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى.

١١٤- الموافقات للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى المالكي المشهور بالشاطبي ت ٧٩٠، تحقيق الشيخ عبد الله دراز، نشر: مكتبة الرياض الحديثة.

١١٥- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب، ت ٩٥٤، ومعه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان – الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.

١١٦- الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، الطبعة الخامسة ١٤٢٩هـ

١١٧- موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية، تصنيف الدكتور علي أحمد الندوي، تقريظ الشيخ عبد الله بن عقيل، نشر: دار التأصيل ١٤١٩ هـ.

١١٨- نظرية الشروط في الفقه الإسلامي للدكتور حسن الشاذلي، نشر: دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٠ هـ.

١١٩- نظرية العقد الموقوف، لصلاح شوشاري، ط ١٤٢٠ هـ.

١٢٠- الهداية شرح بداية المبتدئ لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني، نشر: المكتبة الإسلامية.

١٢١- مجلة البحوث الإسلامية، الصادرة عن رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، العدد الثالث والسبعون (رجب - شعبان - رمضان - شوال - ١٤٢٥ هـ).

١٢٢- مجلة المجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - جدة، العدد الخامس.

فهرس الموضوعات